

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

CURSO DE DIREITO

JOSÉ VITO MARCOLINO LINO DOS SANTOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO
BRASIL: Uma análise do Habeas Corpus 124.306 à luz dos direitos humanos das
mulheres**

SANTA RITA

2017

JOSÉ VITO MARCOLINO LINO DOS SANTOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO
BRASIL: Uma análise do Habeas Corpus 124.306 à luz dos direitos humanos das
mulheres**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de Santa
Rita do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ms. Tatyane Guimarães
Oliveira

**SANTA RITA
2017**

Santos, José Vito Marcolino Lino dos.

S237i A inconstitucionalidade da criminalização do aborto no Brasil: uma análise do Habeas Corpus 124.306 à luz dos Direitos Humanos das mulheres / José Vito Marcolino Lino dos Santos – Santa Rita, 2017.

62f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Tatyane Guimarães Oliveira.

JOSÉ VITO MARCOLINO LINO DOS SANTOS

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO
BRASIL: Uma análise do Habeas Corpus 124.306 à luz dos direitos humanos das
mulheres**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de João
Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
requisito parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ms. Tatyane Guimarães
Oliveira

Data da aprovação: __/__/____

Banca examinadora:

Ms. Tatyane Guimarães Oliveira

Orientadora

Ms. Tayse Ribeiro de Castro Palitot

Examinadora

Ms. Caroline Sátiro de Holanda

Examinadora

À minha família.

Às mulheres vítimas de aborto clandestino.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho de conclusão de curso encerra um ciclo: minha vida acadêmica. Quero agradecer de forma sucinta a todos (as) que, de certa forma, fizeram parte da minha trajetória acadêmica e me ajudaram a concretizá-la com sucesso. Isto porque os incentivos e as palavras otimistas são primordiais na jornada acadêmica.

A vida acadêmica não é fácil, são muitos os desafios, as noites mal dormidas, os estresses, provas e atividades que estudantes passam; já pairaram pela cabeça ideias de desistência, mas logo dissolviam-se ao enxergar que estou aqui por um objetivo maior: ser um grande profissional e contribuir para um mundo mais justo. Neste contexto, a presença de vocês, meus amigos e familiares, em minha vida neste período foi primordial.

Não posso deixar de tecer uma série de agradecimentos a pessoas muito especiais na minha vida. Primeiramente, quero agradecer àqueles que me deram a vida: meus pais. À minha mãe querida, muito obrigado por seu apoio em todos os momentos de minha vida, sua sabedoria e tranquilidade foram primordiais nesta trajetória; para mim é um orgulho ser seu filho, estarei sempre ao seu lado. Ao meu pai, agradeço por passar para mim a sua inteligência, tranquilidade e forma de ver a vida, muito obrigado por sempre estar comigo.

Agradeço imensamente ao meu irmão, Francisco Emmanuel, por ser um companheiro de todas as horas e estar sempre junto a mim, apoiando-me, aconselhando-me e me ajudando sempre que preciso. Muito obrigado por tudo, irmão!

Não posso deixar de falar da minha madrinha e tia Nalvinha, a minha segunda mãe, que cuidou de mim desde pequeno e também formou o homem que sou hoje, à senhora, toda a gratidão do mundo! Minha querida, tia Lulu – minha outra mãe – que também me criou e sempre me tratou com o maior carinho e amor possível, muito obrigado, estarei sempre ao seu lado! Agradeço também aos meus avós já falecidos, estarão sempre em meu coração.

Há amigos que são como uma família, pois estão ao nosso lado em todos os momentos de nossas vidas. Sandrinha e Alice são exemplos disso. Muito obrigado por sempre me apoiarem e me darem força em todos os momentos que precisei. Quero agradecer muito a minha avó de consideração, dona Maria. Muito obrigado por estar sempre torcendo e rezando por mim, eu te amo e sou muito grato pela senhora ter me considerado como seu neto, para mim, é uma honra!

Agradeço profundamente a minha orientadora, Taty Guimarães, por ter sido sempre tão atenciosa comigo e ter me ajudando na construção deste trabalho sempre que precisei, enviando livros e artigos quando eu necessitava. Muito obrigado por suas orientações, dicas e vivências que eu levarei para a minha vida. Por fim, também agradeço por ter aceitado me orientar sem titubear desde a primeira vez que lhe falei sobre o tema. Fomos corajosos em abordar um tema espinhoso, mas necessário na efetivação plena dos direitos humanos das mulheres.

Agradeço bastante a Eloísa Slongo por ter me apoiado desde o princípio quando eu estava em dúvida se abordaria esta temática. Eloísa, muito obrigado pela força e incentivo que me deu, além dos inúmeros textos que você me enviou e me ajudaram imensamente na construção deste trabalho. Você é nota 10!

Por fim, agradeço aos meus amigos de turma pela convivência diária na qual tive a oportunidade de obter inúmeros aprendizados e construir belas amizades. Hyngrid, Estefanio, Eric, Karen, Rayanne, Rodolfo, Stephanie, Rafael, Rafaela Casagrande, Lindemberg, Deivison... obrigado pela convivência. Em especial, gostaria de agradecer a Rafaela Maíza, minha grande amiga, sempre ao meu lado, dividindo as alegrias, tristezas e vitórias da vida acadêmica, neste término continuaremos mais unidos que nunca.

Finalmente, agradeço a uma força superior a qual chamo de Deus. Não tenho religião, mas creio no sobrenatural ou numa força que nos move. Portanto, muito obrigado a essa força vital que é fundamental em minha jornada!

Enfim, espero com este trabalho que cada vez mais acadêmicos abordem questões relativas ao gênero e ajudem a construir uma sociedade mais justa e igualitária para todos e todas!

RESUMO

Esta pesquisa teve por objeto o Habeas Corpus (HC) nº 124.306. O objetivo desta monografia foi analisar os principais argumentos sobre a inconstitucionalidade da criminalização do aborto utilizados pelo ministro Luís Roberto Barroso no referido documento, demonstrando como a criminalização atenta contra os direitos humanos das mulheres. Utilizou-se de pesquisas bibliográficas, artigos científicos, periódicos e demais meios bibliográficos em cotejo com os dados relacionados ao aborto no Brasil presentes em relatórios elaborados pelos movimentos feministas e organizações pró-direito das mulheres como base para expor a violação dos direitos humanos sofridos pelas mulheres em virtude da criminalização do aborto. O presente trabalho também se guiou sob uma perspectiva de gênero, enxergando o fenômeno da criminalização a partir da realidade social e das reivindicações dos movimentos de mulheres, estudamos o controle dos corpos através de teorias que explicam e contestam esse controle e concluimos que a criminalização do aborto viola os direitos humanos das mulheres por ferir sua autodeterminação e direitos correlatos.

Palavras-chave: Aborto – Criminalização – Direitos Humanos – Inconstitucionalidade – Gênero – Feminismo.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. DO CONTROLE DO CORPO E DA SEXUALIDADE DA MULHER	13
2.1 COMPREENDENDO O PATRIARCADO.....	13
2.2. OS MECANISMOS PATRIARCAIS DE CONTROLE DOS CORPOS FEMININOS	14
2.3 O DIREITO COMO INSTITUIÇÃO DE CONTROLE.....	21
3. OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E SUA VIOLAÇÃO	27
3.1 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES	31
3.2 VIOLAÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA MULHER	34
3.3 VIOLAÇÃO À IGUALDADE DE GÊNERO	36
3.4 O IMPACTO DA CRIMINALIZAÇÃO SOBRE MULHERES POBRES E NEGRAS	37
4. ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº124.306 EM CONFRONTO COM A REIVINDICAÇÃO DAS MULHERES	41
4.1 HISTÓRICO DE LUTA DAS MULHERES PELA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO	42
4.2 HABEAS CORPUS Nº124.306 – UMA DECISÃO HISTÓRICA	48
4.3 O HABEAS CORPUS 124.306 COMO RESULTADO DAS REIVINDICAÇÕES DAS MULHERES NA LUTA PELA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL	51
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	59

1. INTRODUÇÃO

O aborto é um tema complexo e, como tal, sempre suscitou polêmicas e divergências ao longo da história da humanidade. São comuns confrontos morais, sociais, religiosos e políticos sobre a questão. Não há como discorrer sobre esse importante tema sem trabalhar por meio de uma análise fundada na perspectiva de gênero, pois é a mulher a sujeita central na discussão. O projeto abordará a inconstitucionalidade da criminalização do aborto sob a ótica de gênero e pautado pelos direitos humanos das mulheres, demonstrando as implicações negativas que a criminalização do aborto traz nos âmbitos social e jurídico.

O controle da sexualidade feminina é exercido de diversas formas, principalmente através do controle dos corpos. A criminalização é apenas um instrumento desse controle que, no caso, atinge a seara jurídica, refletindo no campo da saúde pública e, principalmente, na vida das mulheres. O direito de exercer a autonomia sobre o próprio corpo é cerceado pela criminalização, retirando da mulher o direito de exercer o controle sobre seu processo reprodutivo (ARDAILLON *apud* FERREIRA, 2010).

A Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua aborto como: “a interrupção de uma gravidez antes que o feto seja capaz de vida extra-uterina independente”. De acordo com Royston e Armstrong (*apud* PAUCAR, 1991, p.113): “conforme a tradição médica, esta situação abarca as 28 primeiras semanas de gestação, contando a partir do primeiro dia da última menstruação normal”. O tempo de gestação para se considerar aborto, de acordo obstetras e pela medicina, é até a 22ª semana de gestação, ou seja, a expulsão do feto até os cinco primeiros meses de gravidez é classificada como aborto pela medicina, após este período, parto prematuro¹ (VERARDO, 1996).

O aborto ocorre em diversos contextos e por diversos fatores, dentre estes destacam-se as questões econômico-sociais. Este é um dos fatores mais comuns para a realização do aborto no Brasil, país que detém uma das maiores taxas de desigualdade social do mundo, por consequência isso se reflete nas mulheres pobres e da periferia, que por motivação econômica decidem pôr fim à gravidez (DINIZ; CORREA, 2009).

¹ Para a medicina, o aborto realizado até a 12ª semana de gestação, é chamado de aborto prematuro. Da 12ª até a 22ª semana, é considerado aborto tardio (PAUCAR, 2003). Após este período, a medicina julga ser parto prematuro. Vale destacar que a maioria dos países onde o aborto foi descriminalizado levou em conta o tempo de aborto prematuro, ou seja, até o trigésimo semestre da gravidez (BRASIL, 2016).

Legalmente o aborto é proibido no Brasil desde os anos de 1940 – quando se deu a feitura do atual Código Penal Brasileiro. A pena para mulher que provoca aborto em si mesma ou que permite que outrem o pratique é de 1 à 3 anos de detenção; se um terceiro praticar aborto sem o consentimento da gestante, a pena é de 3 à 10 anos de reclusão, caso faça com consentimento, a pena é de 1 à 4 anos de reclusão; estas penas são aumentadas de 1/3 se do aborto a mulher resultar com lesões corporais graves e são duplicadas caso a leve à morte (BRASIL, 1940). Sendo permitido em três hipóteses: em caso de gravidez de risco, estupro (BRASIL, 1940) e fetos anencefálicos (permitido pelo Superior Tribunal Federal após julgamento do ADPF-54).

A problemática abordada no presente trabalho busca expor as consequências negativas trazidas pela criminalização do aborto, mostrando porque a criminalização é incompatível com os preceitos fundamentais positivados em nossa Carta Magna, bem como os efeitos causados na seara social, apresentando o modo como a criminalização age nas diversas classes e grupos sociais nos quais as mulheres encontram-se inseridas.

O trabalho se propõe a realizar um estudo sobre a criminalização do aborto, sua inconstitucionalidade e como este afeta social e juridicamente a vida das mulheres brasileiras. Para a discussão proposta foi escolhido como objeto de análise o Habeas Corpus (HC) nº. 124.306 e a decisão judicial do ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a inconstitucionalidade do aborto no Brasil.

Essa decisão é importantíssima no campo do direito das mulheres e lutas feministas, pois ela abre a possibilidade de julgados semelhantes, além de trazer à baila a discussão sobre a descriminalização e uma possível legalização do aborto no Brasil. Os argumentos colocados pelo ministro Luís Roberto Barroso são defendidos há décadas pelos mais diversos coletivos de lutas feministas nacionais e internacionais e ratificam no âmbito jurídico a inconstitucionalidade, crueldade e exclusão que a manutenção deste tipo penal causa na vida das mulheres e da sociedade em geral.

O trabalho também se conduzirá por uma perspectiva de gênero, objetivando mostrar historicamente como se deram os processos de criminalização do aborto e demonstrar como estão imbricados a uma cultura patriarcal que transforma o corpo e a vida das mulheres em propriedade dos homens, do Estado e da sociedade, retirando, desse modo, a autonomia da mulher sobre seu próprio ser. A pesquisa demonstrará o quão importante foi a luta feminista nas conquistas de descriminalização do abortamento nas diversas legislações mundiais, recortando-se a luta desses movimentos contra a criminalização do aborto no Brasil.

O presente projeto se justifica em face das punições que são impostas às mulheres e a toda sociedade em razão da penalização do aborto. As punições advindas da criminalização não protegem o bem jurídico que visam proteger, mas apenas levam um grande contingente de mulheres, a maioria pobres, negras e da periferia, a buscarem formas alternativas e clandestinas de pôr fim a gravidez (IPAS BRASIL, 2012).

O estudo apresenta relevância sob a perspectiva acadêmica, pois chamará atenção para o não cumprimento de um elemento fundamental para o exercício das atribuições da personalidade jurídica – o direito ao corpo - de modo a traçar um paralelo entre o conteúdo legal e a realidade social, econômica e política em que as mulheres estão envolvidas, demonstrando a discrepância entre o que se propõe a norma legal criminalizadora e as consequências que decorrem dela.

A relevância jurídica é primordial neste trabalho, pois se demonstrará como a legislação infraconstitucional, mais precisamente a penal, não está em consonância com as normas constitucionais, principalmente no que tange aos direitos fundamentais nelas dispostos.

Na esfera da relevância social, a pesquisa se justifica por tratar-se de um tema que atinge todas as mulheres, independente da classe social, nível educacional ou religião, pois todas podem se deparar com uma gravidez indesejada e serem vítimas da criminalização.

A relevância política se constata na disputa entre grupos sociais antagônicos, dentre os quais se destacam: os militantes pró-vida (que defendem o direito à expectativa de vida do feto e entendem, sob suas óticas religiosas e/ou conservadoras, que a vida tem início a partir do momento da concepção) e pró-escolha, que veem a mulher como sujeita de direito e, portanto, digna de tomar decisões sobre o seu próprio corpo, em virtude do direito de autonomia e liberdade que lhes apetece, além de defenderem a legalização como um meio eficaz de evitar a morte de mulheres causada pelo aborto clandestino (LUNA, 2014). Esses dois grupos antagônicos lutam entre si nos mais diversos campos – social, jurídico e político – e ambos apoiam candidatos que defendem as ideias que preconizam. Logo, o presente trabalho também é político, pois posiciona-se, assumidamente, de um dos lados da dicotomia e defende o direito da mulher sobre o próprio corpo e a descriminalização e legalização do aborto.

A metodologia da pesquisa se dará por meio de pesquisas bibliográficas, com sustentação em artigos científicos, periódicos, livros, relatórios, matérias publicadas em jornais, sentenças judiciais, dentre outros meios bibliográficos. A monografia também

compor-se-á de pesquisa documental, pois se constituirá através do exame de documentos que ainda não receberam vasto tratamento científico, nesse caso, o Habeas Corpus nº. 124.306 (OLIVEIRA, 2007, p.69). Em sua totalidade, a pesquisa estruturar-se-á com base na análise dos principais argumentos trazidos pelo ministro Luís Roberto Barroso no referido documento a partir de questões centrais como o controle do corpo e direitos humanos das mulheres.

A monografia está estruturada em três capítulos. No primeiro capítulo se abordará a problemática do controle de corpos, em que trabalharemos com as teorias que explicam e contestam os mecanismos de controle que resultam na criminalização do aborto, observando como o patriarcado é peça central na consumação deste controle, finalizando com problematizações acerca da personalidade jurídica.

O segundo capítulo mostrará os direitos humanos violados das mulheres, exporemos como se deu o processo de conquistas dos mesmos e os marcos legais importantes para sua concretização; por fim, neste mesmo capítulo, desvelaremos os números alarmantes de mulheres vítimas dos efeitos da criminalização do aborto e as consequências disso para a saúde pública e na própria vida das mulheres brasileiras.

Finalmente, no terceiro capítulo faremos um confronto dos argumentos dispostos no HC com a reivindicação social das mulheres. Faremos isto estampando o histórico de luta do movimento das mulheres para a descriminalização e legalização do aborto, à posteriori nos debruçaremos sobre o caso que ensejou o HC nº124.306, analisando os discursos jurídicos proferidos sobre o fato, findando com a demonstração do HC como resultado das reivindicações das mulheres na luta pela legalização do aborto.

2. DO CONTROLE DO CORPO E DA SEXUALIDADE DA MULHER

Este capítulo tem por finalidade apresentar as formas de controle social que operam no corpo e na sexualidade da mulher, refletido também nas normas legais que, por sua vez, exercem o domínio institucionalizado dos corpos das mulheres. Faremos uma análise das instituições e dos valores por elas (re)produzidos no controle do corpo e da sexualidade feminina, tais quais o patriarcado e seu impacto no campo jurídico e nos direitos humanos das mulheres.

2.1 COMPREENDENDO O PATRIARCADO

O patriarcado é um sistema de opressão que permite a produção de formas de controle do corpo da mulher, é um dos responsáveis principais na restrição do direito a autonomia do corpo feminino, pois restringe a liberdade da mulher sobre seus direitos sexuais e reprodutivos. Como aponta Safiotti (2015), o conceito de patriarcado é heterogêneo no campo feminista, variando de acordo com as autoras, algumas que inclusive rejeitam o conceito. Como o objetivo do presente trabalho é analisar as formas de opressão impostas às mulheres no tocante ao aborto, ficaremos com um dos entendimentos trazidos por Carole Pateman (1993, p.38): “patriarcado refere-se a uma forma de poder político”. O patriarcado como poder político exercerá, portanto, controle sobre o corpo feminino.

A ideologia patriarcal nada mais é do que um sistema de crenças que explica as relações e desigualdades entre os gêneros (SAFIOTTI, 2015). A partir disso, ele estabelece as normas sociais e estatais que estipularão parâmetros os quais os sexos deverão se guiar e punirão aqueles que não se adequarem à norma. No caso do patriarcado, a construção dos discursos sobre o gênero se dará de modo a inferiorizar a mulher em relação ao homem, elaborando discursos que legitimam a inferioridade feminina em virtude de sua natureza biológica. O movimento feminista desde seus primórdios trabalha na desconstrução desses conceitos. Sobre isso narra Alda Facio (2005, p.262):

En otras palabras, la ideología patriarcal no sólo explica y construye las diferencias entre mujeres y hombres como biológicamente inherentes y naturales, sino que mantiene y agudiza otras (todas) formas de dominación. Fue gracias a la distinción entre sexo y género que hicieron varias científicas sociales, que las feministas logramos develar la falsedad de las ideologías patriarcales. Realizada esta tarea, el feminismo se abocó a develar el sexismo presente en todas, o casi todas, las estructuras o instituciones sociales. Las

teorías y perspectivas de género y la elaboración posterior de la teorías sobre el sistema de sexo-género son parte del legado teórico del feminismo. Es más, estas teorías han logrado un nivel tal de aceptación política e intelectual, que no es posible desconocerlas en el mundo de la producción de saberes, incluido el derecho.²

O patriarcado, portanto, é um sistema de domínio na qual o homem exerce poder sobre a mulher. Este poder é refletido nas diversas instituições sociais e é mantido por meio de discursos. O patriarcado não é natural, foi construído historicamente ao longo da história de diversas sociedades (GAYLE, 2012). O movimento feminista busca combater suas ideias e valores por meio da desconstrução. Na seara do aborto, o patriarcado se personifica no controle do corpo da mulher, que é dominado pelo Estado para fins reprodutivos e natalícios, alheios aos anseios femininos, violando, assim, seus direitos humanos fundamentais, tais quais: dignidade humana, igualdade e liberdade individual.

2.2. OS MECANISMOS PATRIARCAIS DE CONTROLE DOS CORPOS FEMININOS

Neste subcapítulo abordaremos as teorias sociais que nos ajudam a refletir e questionar o controle dos corpos das mulheres, que atua limitando e violando seus direitos humanos. Investigamos como os mecanismos de controle e os poderes deles advindos estão imbricados na criminalização do aborto, limitando a autonomia da mulher, analisando como esses mecanismos adentram nas instituições sociais e impõem valores e discursos sobre o lugar das mulheres e seus corpos na sociedade a partir de teorias sociais que procuram entender essas relações.

Os discursos e práticas sociais sobre as relações de gênero ao longo da história relegaram as mulheres aos seus aspectos biológicos, confinando-as e resumindo-as aos seus corpos. A construção de discursos de estrutura patriarcal enxergou o corpo feminino apenas no tocante a sua capacidade reprodutiva, com isso naturalizaram as ideias de maternidade e os papéis de esposa. As diferenças sexuais, que a princípio não são

² Em outras palavras, a ideologia patriarcal não só explica e constrói as diferenças entre mulheres e homens como biologicamente inerentes e naturais, senão que mantém e acentua outras (todas) formas de dominação. Foi graças a distinção entre sexo e gênero que fizeram vários cientistas sociais, que as feministas conseguiram desvelar a falsidade das ideologias patriarcais. Realizada esta tarefa, o feminismo se abriu a desvelar o sexismo presente em todas, ou quase todas, as estruturas ou instituições sociais. As teorias e perspectivas de gênero e elaboração posterior de teorias sobre o sistema de sexo-gênero são parte do legado teórico do feminismo. Além do mais, estas teorias têm conseguido um nível tal de aceitação política e intelectual, que não é possível desconhecer-las no mundo da produção dos saberes, incluído o direito. (grifo nosso).

positivas ou negativas, tornam-se problemáticas quando usadas como fontes de discursos políticos que ensejam posições sociais divergentes entre os sexos, reverberando nas normas estatais direitos desiguais de gêneros e que conformam várias espécies de controle sobre os indivíduos.

Este biológico interpretado e localizado no aparelho genital, condena as mulheres ao coletivo singular, mas a marca, destino traçado pelo corpo, diferencial por excelência, fixa-se na capacidade de procriar: a maternidade, elaboração social, passa a ser a essência do feminino, definido mais uma vez por seu corpo. (SWAIN, 2010, p. 7).

Estes controles, no âmbito das relações de gênero, se apresentam mais nitidamente em temas como reprodução e sexualidade; eles são visualizados nas criminalizações e interferências em matérias como a natalidade, lactação, gravidez e sua interrupção. É dentro deste contexto de controle que se insere a questão do aborto.

O controle da sexualidade e dos corpos ao longo da história está presente em diversas instituições, que por meio do micro poder exercem controle na vida dos indivíduos. Dentre essas instituições, destaca-se a igreja, que exerce uma forte influência social, política e jurídica como agente opositor da descriminalização, e consequente legalização, do aborto.

Dentre as instituições que contribuem para o controle da sexualidade no ocidente ao longo da história coube um importante lugar à Igreja Católica. O assunto esteve presente em algumas das encíclicas papais, dentre elas a *Apostolicae Sedis*, lançada em 1869 pelo Papa Pio IX, onde é oficialmente abordado um posicionamento construído ao longo do século XVIII: o aborto, em qualquer circunstância, é considerado um pecado contra a vida. (PORFÍRO; LACERDA; MEDEIROS, 2015, p.3).

As instituições jurídicas também refletem este controle, pois são o resultado dos valores sociais presentes na sociedade. Se instituições como a família, escola e igreja exercem poderes na esfera micro e pessoal dos indivíduos (FOUCAULT, 2005), o Estado, representado por instituições como judiciário e o executivo, exercerá poder na esfera macro, atingindo toda a sociedade. Uma sociedade profundamente patriarcal tenderá a eleger representantes que refletem essa ideologia e reproduzirão normas neste caráter; normas estas, que exercerão o controle do corpo e da sexualidade da mulher. Ou seja, o sistema-jurídico é o reflexo da sociedade, e como a sociedade é patriarcal, ele também o é (SAFIOTTI, 2015). Mesmo com a existência de normas legais que preconizam a igualdade de gênero e os direitos humanos, as mesmas dificilmente são executadas na realidade em virtude da rigidez institucional.

Outro fator importante a se considerar ao falar sobre os direitos humanos das mulheres, é a importância de sua interpretação em consonância com o viés de gênero, fato que não ocorre nos ordenamentos jurídicos tradicionais. Neste sentido, ao dissertar sobre o direito à igualdade, Catharine MacKinnon, discorre sobre esta problemática:

Sob a lei da igualdade sexual, ser humano, em substância, significa ser homem. Para ser uma pessoa, um indivíduo abstrato com direitos abstratos pode ser um conceito burguês, mas o seu conteúdo é masculino [...] Os direitos humanos, incluindo “os direitos das mulheres”, estão implicitamente limitados àqueles direitos que os homens têm que perder. Essa é a razão, em parte, pela qual os homens confundem a igualdade procedimental e abstrata, com a igualdade substantiva: para eles, trata-se da mesma coisa. A igualdade abstrata nunca incluiu aqueles direitos que as mulheres, como mulheres, precisam, mas nunca tiveram. Tudo isso parece racional e neutro na lei, porque a realidade social é construída do mesmo ponto de vista. (MACKINNON *apud* OLIVEIRA, 2011, p.6).

Como exposto, as instituições estatais refletem os poderes patriarcais por meio de suas normas legais, que exercem controle sobre o corpo da mulher. Dentre as normas controladoras, destaca-se nesta pesquisa a criminalização do aborto. A criminalização apresenta-se como uma oposição entre o direito de autonomia da mulher sobre o seu corpo e a concepção ideológica conservadora que prega a maternidade compulsória e resume a mulher ao seu aspecto biológico reprodutivo e cria papéis sociais diferentes entre os sexos. Neste sentido, preleciona Luís Roberto Barroso no Habeas Corpus 124.306:

Quando se trate de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive o de cessar ou não uma gravidez. Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida. (BRASIL, 2016, p.9).

Os processos de naturalização e biologizantes dos seres humanos servem a um viés ideológico conservador, por meio deles, cria-se a ideia de que determinados valores são naturais e, por consequência, imutáveis. Todavia, não existem valores naturais, todo valor é uma construção social. Por meio desses mecanismos de naturalização, forças conservadoras atrelaram a sexualidade à reprodução e a mulher à maternidade de forma determinista. Esses processos de naturalização quando institucionalizados transformam a maternidade num evento obrigatório o qual toda mulher deveria passar, pois nesta perspectiva a mulher é resumido a sua biologia.

A subordinação das mulheres nas sociedades é constituída por uma teia complexa de aspectos biológicos, sociológicos, econômicos, antropológicos, psicológicos e educacionais. A centralidade que perpassa esses pontos se origina na suposta fragilidade do sexo feminino, do corpo que sangra por uma ‘ferida’ constantemente aberta, a impureza dos corpos que sangram, parem, abortam e amamentam, o que *a priori* seria uma função fisiológica no seio da cultura é um acervo de significados socialmente construídos. (GONZAGA; BRANDÃO DE ARAS, 2015, p.22).

A seguir, por meio da análise das teorias que refletem e contestam o controle sobre o corpo das mulheres, entenderemos os processos ideológicos que construíram alguns destes mecanismos, mostrando suas relações com a criminalização do aborto.

Dentre as principais teorias que ajudam a explicar o controle de corpos na sociedade ocidental estão o poder disciplinar e o biopoder, conceitos construídos por Michel Foucault (1987). Ambas as formas agem no controle da sexualidade feminina. Essas formas de controle social se dão, na maioria das vezes, na conexão que se faz da mulher com a maternidade, induzindo à ideia de que a mulher foi feita “naturalmente” para apenas conceber (EMMERICK, 2007).

De acordo com Foucault (1987), o controle social manifesta-se em forma de poderes. Esses poderes não vêm apenas do Estado, mas também é exercido por vários setores e grupos de uma sociedade e um desses poderes é o poder disciplinar. Consoante o autor, esse tipo de poder não é exercido só pelo Estado, mas sim por instituições que permeiam a vida dos cidadãos, tais quais: igreja, escola, a fábrica, e tem seus efeitos nos corpos das pessoas por meio do adestramento. Nessa lógica, preleciona Foucault (1987, p.143): “o poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor”.

É por meio do poder disciplinar que se insere a ideia de maternidade compulsória. Nessa lógica a mulher é resumida a sua biologia e controlada nos primeiros círculos sociais dos quais faz parte. A família, a igreja e a escola, por exemplo, também elaboram normas que exercem poder sobre os indivíduos que pertencem as suas zonas de influência. Esses poderes também controlam e punem àqueles que não submetem-se as suas normas opressivas; uma punição distinta da estatal, mas ainda assim uma punição (EMMERICK, 2007).

Todavia, é o biopoder que exercerá uma forma de controle mais intensa, pois ensejou o que Foucault (2005) denomina de biopolítica, que passou a exercer controle

sobre questões como fecundidade, natalidade, mortalidade. Tais questões eram importantes para o capitalismo que consolidara. Os efeitos deste tipo de poder não se davam apenas nos corpos dos indivíduos de forma individualizada, mas também no coletivo, em toda a população.

É dentro desse contexto de produção de poderes que o controle do corpo feminino (bem como de sua sexualidade) ganha atenção central. O ventre da mulher passa a servir às benesses do Estado, que controlado pela elite, necessitava de mão de obra para a industrialização que se consolidava. Este controle se manifestará na norma, elemento que o consolidará. Neste sentido, aduz Foucault (2005, p.302):

Pode-se dizer que o elemento que vai circular entre o disciplinar e o regulamentador, que vai se aplicar da mesma forma ao corpo e à população, que permite a um só tempo controlar a ordem disciplinar do corpo e os acontecimentos aleatórios de uma multiplicidade biológica, esse elemento que circula entre um e outro é a norma. A norma é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar. A sociedade de normalização não é, pois, nessas condições, uma espécie de sociedade disciplinar generalizada cujas instituições disciplinares teriam se alastrado e finalmente recoberto todo o espaço – esse não é, acho eu, senão uma primeira interpretação, e insuficiente, da ideia de sociedade de normalização.

Essas formas de controle de corpos reverberam em várias searas sociais, em relação à mulher, elas têm reflexo na reprodução e, principalmente, na associação à maternidade e à procriação, tidas como valores naturais femininos e incorporadas às normas estatais. A naturalização desses valores tem início nas primeiras estruturas sociais as quais a mulher faz parte - como a família, a igreja – e se expande por meio desses espaços de micro-poder para uma esfera maior, o Estado, que por meio de normas positivadas consolidará o controle de corpos por meio da criminalização.

É nesta conjuntura que se coloca a criminalização do aborto. Os discursos oriundos do poder disciplinar e suas instituições (família, igreja, escola) naturalizam a maternidade e a sexualidade voltada para a reprodução. Esses valores e discursos são inseridos nas instituições estatais por atores provenientes das instituições disciplinares, que adestrados por valores patriarcais reproduzem-nos na esfera estatal, configurando o biopoder, que controla as massas por meio de elementos mais rígidos de coerção (FOUCAULT, 2005). As normas que criminalizam o aborto são resultados da união desses poderes controladores.

A sexualidade feminina é um dos elementos a serem controlados pelas instituições, pois também representam a capacidade da mulher de ter autonomia sobre o seu próprio corpo e os processos reprodutivos a ele relacionados. Luís Roberto Barroso faz uma importante reflexão sobre o tema no Habeas Corpus 124.306:

A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade. (BRASIL, 2016, p.10).

Essas formas de poder tiveram forte impacto no corpo das mulheres ao longo da história. O corpo feminino foi reprimido e controlado e relegado à esfera doméstica, nas funções de mãe e cuidadora. De acordo com Rulian Emmerick (2007), em sua tese de doutorado “Corpo e Poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia”, a dominação sobre a mulher pode ser dividida em três momentos históricos ligados aos pensamentos de filósofos como Aristóteles, Galeno e Rousseau. O primeiro prescrevia que a diferença entre os gêneros estava na diferença de calor entre os corpos de homens e mulheres, cabendo àqueles a função primordial na geração do feto, pois possuía o calor vital. Galeno, por sua vez, também preceituava a ideia de diferença de calor entre os corpos, para eles homens e mulheres não possuíam diferenças latentes, sendo a mulher, em sua visão, um homem imperfeito.

Por fim, foi a partir de Rousseau que se constituiu a ideia atual de domínio sobre o feminino, segundo aponta Emmerick (2007). Em seu ponto de vista, homens e mulheres tinham características físicas e biológicas distintas que condicionavam potencialidades diferentes. A partir deste marco iniciado no século XVIII com as revoluções burguesas, homens e mulheres possuiriam papéis diferentes por terem biologias diferentes, como explica Emmerick (2007, p.65):

Essa ideologia fundamentada por filósofos e pensadores da época, principalmente por Rousseau, que será legitimada a associação das mulheres ao afazeres domésticos e à maternidade. Tal ideologia, ressalte-se, não está na contramão dos ideais liberais da época, pois de acordo com o referido sistema de idéias, o controle e domesticação do corpo e da sexualidade da mulher não derivam de uma imposição social, mas da própria natureza. Contudo, a contradição do pensamento, principalmente, de Rousseau é patente, uma vez que ele considera que a mulher, naturalmente, está voltada para a passividade e subordinação, mas ao mesmo tempo expõe todo o seu projeto pedagógico para o adestramento e domesticação do feminino.

Tais ideias fundamentaram a domesticação e maternidade como valores inerentes à figura feminina, ou seja, nesta perspectiva não havia uma dominação social sobre a mulher que impunha tais valores, pois os mesmos seriam “naturais”. Entretanto, sempre eram impostos projetos de doutrinação social direcionados às mulheres, impondo valores e disciplinando os corpos. Como exposto, pode-se observar que ao longo do tempo várias ideologias foram impostas no sentido de controlar o corpo da mulher, estas imposições partiam de diferentes instituições - tanto na esfera micro como na macro – com o objetivo de satisfazer setores machistas da sociedade.

É importante ressaltar as políticas do corpo, movimento iniciado pelas feministas de anos de 1960 e 1970 nos Estados Unidos da América, como nos explica Scavone (2010). Nesta concepção, segundo a autora, ocorre o fenômeno de politização da esfera privada, no qual inserem-se as questões relativas ao corpo e que tinha o objetivo de expandir a visão política para além da esfera pública, pois as relações desiguais entre os gêneros perpassam ambas as esferas sociais.

Uma das estratégias políticas dos movimentos de mulheres nesta época, de acordo com Scavone (2010), foi a desconstrução dos discursos dominantes sobre sexualidade e reprodução deste período. Conforme a autora, o objetivo era separar a sexualidade das ideias de reprodução. O surgimento dos métodos contraceptivos na década de 1960 foram um marco na separação da sexualidade da mulher da reprodução. A partir deste período, o feminismo passa a contestar de forma mais ativa as ideias de maternidade natural; pois com o advento dos métodos contraceptivos, comprova-se que ser mulher não é o mesmo que ser mãe, retira-se, portanto, a mulher do local doméstico tradicionalmente atribuído a ela. Entretanto, o fato de os métodos contraceptivos estarem voltados exclusivamente para o uso feminino, retirava o homem da participação no processo reprodutivo, fato que também foi problematizado pelos movimentos da época. Sobre a exclusão dos homens nos métodos contraceptivos, critica Scavone (2010, p.57):

De fato, o feminismo não ignorava o fato de que essas técnicas eram fundamentadas nas relações de dominação masculina, pois eram os corpos femininos que se submetiam aos procedimentos técnicos para ter um/a filho/a *a qualquer preço e do próprio sangue*. Nesse aspecto, o avanço tecnológico não foi acompanhado de uma ruptura com as determinações biológicas que dão suporte à dominação masculina e ao racismo, mas, ao contrário, as potencializaram. (...)

Cabe perguntar em que esses avanços contribuíram para transformar as relações de gênero? A sexualidade separou-se definitivamente da reprodução

com as TCs³, mas não da forma política reivindicada pelo feminismo dos anos 1970, pois o controle da procriação passou totalmente para a ciência médica, com a aquiescência das mulheres e de seus companheiros. Há, sem dúvida, um maior afastamento do corpo, já que as TCs se fazem por meio de uma intervenção externa e médica no corpo das mulheres que se submetem aos procedimentos (penosos e onerosos) da fertilização.

As tecnologias conceptivas, portanto, ensejaram um grande avanço no tocante a desconstrução de discursos patriarcais que resumiam a mulher aos seus aspectos biológicos, tais quais a reprodução e com isso colocavam a mulher em papéis sociais predefinidos. A partir desse momento histórico, o movimento feminista pôde quebrar definitivamente os discursos que ligavam a mulher à maternidade de forma determinista.

2.3 O DIREITO COMO INSTITUIÇÃO DE CONTROLE

No presente subcapítulo abordar-se-á o direito como uma instituição de controle do corpo e da sexualidade da mulher. Faremos aqui uma análise crítica do fenômeno jurídico à luz das críticas feministas ao direito. O objetivo é analisar o direito por uma perspectiva de gênero, buscando entender, dessa forma, suas implicações na criminalização do abortamento.

Uma das principais críticas que o movimento feminista faz no direito é que ele parte do princípio de que homens e mulheres ocupam posições de igualdade na sociedade. No entanto, tal fato não ocorre na realidade, pois em virtude do histórico de discriminação e desigualdade em diversos âmbitos, homens e mulheres possuem diferenças históricas no que tange aos direitos e normas legais (FACIO, 2006). É necessário, nesta ótica, trabalhar com os conceitos de igualdade material, enxergando os indivíduos de acordo com as suas diferenças para, por fim, igualá-los.

Outro ponto abordado é a importância do aumento do número de mulheres nos espaços de poder. De acordo com Alda Facio (2006), isso modificaria a forma como o direito é legislado, pois as mulheres possuiriam um senso de justiça distinto dos homens, não por conta de uma diferença imanente natural, mas sim por conta dos processos históricos os quais estão submetidas.

Outra questão abordada por algumas correntes feministas é o fenômeno do androcentrismo no Direito. O androcentrismo seria a ideia de que os direitos e princípios fundamentais são construídos pela perspectiva exclusivamente masculina, ou seja,

³ Tcs: tecnologias conceptivas.

refletem um direito do homem para o homem, porque foram produzidos, em sua maioria, por homens. Em virtude disso, algumas correntes feministas propõem uma construção de um direito mais inclusivo no qual as mulheres também participem de forma ativa nas construções dos conhecimentos jurídicos – hoje, em sua maioria, dominado por homens (FACIO, 2006).

Outra importante crítica feminista às instituições jurídicas são os discursos no direito. Facio problematiza que se as linguagens empregadas pelos agentes estatais são provenientes da cultura, e se a cultura é patriarcal, a linguagem também o será, logo o Estado por meio da linguagem reflete a postura patriarcal da sociedade. Para a autora, mesmo com a existência de normas positivadas que dispõem de direitos humanos das mulheres, os discursos jurídicos que as interpretam são patriarcais e acabam por inferiorizar as mulheres. Fácio (2006, p.5) exemplifica esse discurso patriarcal:

Como já se explicou, a análise do poder é central na maioria das teorias feministas e como se pode observar, também o é na análise do direito como discurso. Analisando simultaneamente o direito, a linguagem e o poder, estas críticas permitem-nos entender melhor a razão porque a discriminação e opressão contra as mulheres se mantêm apesar de se ter revogado a maioria das normas substantivas expressamente discriminatórias. Sugerem que escutemos a forma como os policiais falam às mulheres que vêm denunciar os seus maridos, que observemos a expressão dos e das juízas quando uma mulher vítima está a dar o seu depoimento num caso de violação, que analisemos as palavras que utilizam as e os mediadores nos casos de adultério, etc. Embora em nenhum destes casos haja abuso da lei por parte dos funcionários/as, não obstante, em todos reafirma-se a sensação de que não haverá justiça para as mulheres.

Isso explica porque mesmo com a positivação de direitos humanos como a dignidade humana, igualdade de gênero, liberdade individual e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, o aborto continua sendo criminalizado pelo Estado Brasileiro, pois os discursos proferidos sobre essas normas fundamentais são patriarcais e não reconhecem os direitos humanos das mulheres emanados por elas, apenas uma interpretação fundada numa perspectiva de gênero seria capaz de modificar esses discursos e eliminar normas criminalizadoras que não estão em consonância com os direitos fundamentais.

Dentre as teorias do direito como forma de controle na perspectiva de gênero, teóricas feministas propuseram duas teorias, são elas: o direito tem gênero e o direito como criação de gênero (SMART, 2000). A teoria de que o direito tem gênero possui três fases, a saber: o direito é sexista, o direito é masculino e o direito tem gênero.

As teóricas que defendiam que o direito é sexista argumentavam que o mesmo causava distinção entre o homem e a mulher, de modo a colocar a mulher em posição de desvantagem em relação ao homem, logo, na opinião destas teóricas, um tratamento jurídico equitativo seria capaz de resolver o problema da desigualdade de gênero. A crítica que muitas correntes feministas fazem a este tipo de pensamento se dá pelo fato de que a discriminação da mulher é um problema social que sobressai à seara jurídica, pois tem seu cerne em diversos fatores sociais (SMART, 2000).

Aqueles que defendem que o direito é masculino apegam-se a ideia de que como as instituições jurídicas são formadas em sua maioria por homens, os critérios de “neutralidade”, “imparcialidade” e “objetividade” seriam na verdade masculinos e privilegiariam os homens na interpretação das normas. A crítica a essa visão ocorre pelo fato de ela interpretar qualquer norma que se intitula imparcial de modo a beneficiar todos os homens, olvidando que estas mesmas normas também têm impactos diferentes entre os homens em virtude de sua classe social ou etnia (SMART, 2000).

A ideia de que o direito tem gênero diferencia-se das demais porque rompe com a oposição homem-mulher, aqui o direito é entendido como agente criador de discursos diferenciadores de gênero; o desafio desta categoria é pensar um direito fora da ideia de gênero, ou seja, da ideia de diferenciação, visto que o direito também funciona como estratégia criadora de gênero (SMART, 2000).

Independente das teorias que relacionam gênero e direito adotadas, todas criam mecanismos diferenciadores entre homens e mulheres e violam princípios como a imparcialidade do Estado ao tratar de temas relacionados ao corpo, sexualidade e direitos reprodutivos da mulher. Neste sentido, o ministro Luís Roberto Barroso, no Habeas Corpus 124.306, em seu voto-vista, discorre:

Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja –geralmente porque não pode –ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um. (BRASIL, 2016. P.7).

Ou seja, o direito, personificado pelas normas estatais, em temas controversos deve manter uma postura de não-interferência, sob pena de pôr em cheque seu ideal de imparcialidade e isonomia. O Estado brasileiro ao criminalizar o aborto, demonstra

interpretar o direito por um viés patriarcal, que cerceia às liberdades individuais e controla o corpo das mulheres.

Se o direito se apresenta como uma instituição de controle, pois está viciado pelo patriarcado e, por consequência, produz e reproduz controle sobre o corpo das mulheres, ele manifestará em suas normas valores que representam a ideologia patriarcal, suas regras, portanto, imporão o controle de gênero a partir de mecanismos de diferenciação. É um exemplo disto são os temas relacionadas à personalidade jurídica e ao nascituro, além das questões relacionadas ao conceito de vida.

No que concerne à personalidade jurídica e ao nascituro dispõe o artigo 2º do Código Civil Brasileiro (2002): “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Personalidade jurídica é a aptidão para adquirir direitos e obrigações na seara jurídica. Pessoa é toda aquela que nasce com vida. Apenas as pessoas humana e jurídica podem ser consideradas sujeitos de direito e é a personalidade jurídica que determinará quem é pessoa. O nascituro seria o feto concebido, porém ainda não nascido (STOLZE, 2014).

Ao analisar os conceitos de personalidade jurídica, pessoa e nascituro e relacioná-los ao conteúdo disposto no artigo 2º do Código Civil, constata-se que os conceitos de pessoa e personalidade jurídica estão relacionados, de modo que para ser pessoa é necessário ter personalidade jurídica e vice-versa. O Código Civil é claro ao afirmar que a personalidade jurídica só tem início no nascimento com vida. Mas, indaga-se: se o nascituro (feto) não possui personalidade jurídica, e, por conseguinte, não é pessoa, pode o mesmo ser sujeito de direito? O citado artigo protege a expectativa de direitos do nascituro. Mas expectativa de direito é o mesmo que ter direito? Teria o feto o direito de ter expectativa de direito, não sendo o mesmo um sujeito de direito? Para responder essas perguntas foram formuladas três teorias. São elas: Teoria Concepcionista, Teoria da Personalidade Condicional e Teoria Natalista.⁴ Vamos entender o que defende cada uma delas.

⁴ O objetivo desta monografia é demonstrar como a criminalização do aborto fere os direitos humanos das mulheres, não tendo, portanto, o foco de discutir de forma aprofundada sobre as questões relacionadas à personalidade jurídica, nascituro e vida. Todavia, essas questões também são importantes no que tange ao tema da criminalização do aborto, haja vista ser um dos principais argumentos adotados por grupos conservadores contrários à descriminalização. Em virtude disso, tais questões foram abordadas no presente trabalho, mas de forma resumida por não ser o cerne do mesmo. Para maior aprofundamento sobre os temas de personalidade jurídica e nascituro, recomendo a seguinte referência: “HOLANDA, Carolina Sátiro de. **A reprodução humana assistida e o direito: em busca de definições jurídicas para o nascituro e para o embrião humano congelado**. XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, p. 776-790, 2010.”

Pela Teoria Concepcionista, o feto adquire personalidade jurídica a partir da concepção, tornando-se pessoa e, por consequência, sujeito de direito (HOLANDA, 2010). Não parece ser essa a teoria adotada pelo artigo 2º do Código Civil. Todavia, maior parte da doutrina e jurisprudência o interpreta dessa forma.

A Teoria da Personalidade Condicional advoga no sentido de que o nascituro teria direitos sob condição suspensiva, ou seja, teria ele direito a apenas alguns direitos, mas não a todos (HOLANDA, 2010). Porém como pode o nascituro ter apenas alguns direitos e não todos? Ou tem direito de exercer todos os direitos que lhes são inerentes ou não.

Já a Teoria Natalista defende que o nascituro só adquire personalidade jurídica com o nascimento com vida, possuindo, portanto, apenas a expectativa de direitos futuros (HOLANDA, 2010). Uma leitura atenta à letra da lei concluirá que parece ser esta a teoria adotada pelo Código Civil vigente.

Os questionamentos feitos nos parágrafos anteriores têm por objetivo levar à reflexão sobre estas teorias jurídicas que conceituam pessoa, personalidade jurídica e nascituro. Percebe-se que não fica claro de acordo com as normas supracitadas, se o aborto é uma prática legal ou não. O nascituro não possui personalidade jurídica, logo não é pessoa, consequentemente não é um sujeito de direito. Percebam que a chave desta questão aqui abordada está na interpretação dada pelos juristas aos institutos mencionados. Retomando a discussão sobre gênero, podemos inferir que essas interpretações são imbuídas de valores patriarcais, por isso controlam o corpo das mulheres; como aponta Facio (2006), quando a norma não é patriarcal, os agentes que a interpretam o são, logo o entendimento sobre as mesmas reverbera tal posição.

Dado o exposto, cabe adentrarmos mais ao tema. A questão cerne das discussões sobre a criminalização do aborto é a vida. Mas o que é vida? Os diversos grupos que travam batalhas sobre este tema sempre mencionam o elemento vital chamado vida. Porém a ciência ainda não conseguiu chegar a um conceito exato de vida, existindo uma pluralidade de conceitos para defini-la, por consequência não existe uma teoria que ateste o começo preciso da vida humana. Há grupos que defendem a teoria de que a vida humana tem início na fecundação do espermatozoide com o óvulo; outros, apenas com a formação do sistema nervoso central⁵ (RUTHES; ALMEIDA, 2010).

⁵ Outrossim, em virtude da temática foco desta monografia, não adentramos pormenorizadamente na discussão sobre o conceito de vida. Como exposto, trata-se de um tema complexo que possui discussão em diferentes áreas do conhecimento humano. O objetivo de abordar esta temática no presente trabalho se deu para demonstrar como os discursos patriarcais criam definições determinantes sobre questões complexas de modo a controlar o corpo e a sexualidade das mulheres. Para um maior aprofundamento sobre a vida e

Isto posto, infere-se que não há doutrina absoluta quando trata-se de aborto. No que tange à existência de vida do feto e as teorias sobre a existência de personalidade jurídica (natalista, personalidade condicionada e concepcionista), há a concepção de que sem a existência do córtex cerebral não existe vida em sentido pleno. Esta teoria é aduzida pelo ministro Roberto Barroso no HC 124.306 (BRASIL, 2016, p.8-9), objeto do presente trabalho:

De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência –o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação –não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

(...)

Porém, exista ou não vida a ser protegida, o que é fora de dúvida é que não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da mãe.

Seja qual for a teoria adotada, os direitos humanos das mulheres sempre deverão prevalecer em todos os sentidos. Lembremos que estão, assim, positivados na Constituição, constituindo cláusula pétrea, não podendo legislação infraconstitucional dispor em contrário. Interpretações contrárias apenas corroboram o caráter patriarcal do direito, que por meio de discursos machistas limitam os direitos humanos das mulheres de exercerem autonomia sobre o seu próprio corpo.

seus conceitos, recomenda-se os seguintes textos: "RUTHES, Vanessa Roberta Massambani.; ALMEIDA, Rogério Miranda. **A polêmica do início da vida: uma questão de perspectiva de interpretação.** Pistis Praxis, Curitiba, v.2, n.1, p.113-124, 2010." e "CORRÊA, André Luís.; SILVA, Paloma Rodrigues da.; MEGLHIORATTI, Fernanda Aparecida.; CALDEIRA, Ana Maria de Andrade. **Aspectos históricos e filosóficos do conceito de vida: contribuições para o ensino de biologia.** Associação Brasileira de filosofia e história da biologia, São Paulo, v. 3, p. 21-40, 2008. "

3. OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E SUA VIOLAÇÃO

O presente capítulo tem por finalidade analisar a situação dos direitos humanos das mulheres no que se refere a criminalização do aborto no Brasil. Mostraremos como a interpretação da dignidade humana, dos direitos sexuais e reprodutivos, da integridade física e psíquica da mulher e de sua igualdade, pautados por um viés de gênero, aponta para a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no Brasil, tendo como objeto de análise o Habeas Corpus nº 124.306, sob o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso. Entretanto, antes de adentrarmos à temática dos direitos humanos das mulheres, é importante fazermos uma breve introdução a esses direitos positivados na Carta Magna.

Os direitos humanos têm sua gênese na Revolução Francesa, mas é a partir do século XX que começam a ser positivados nos ordenamentos jurídicos estatais (ALEXY, 2015). A partir dessa positivação nas constituições, eles passam a ocupar um lugar essencial nos ordenamentos jurídicos nacionais, vinculando todo o sistema jurídico infraconstitucional (BARROSO, 2015). De acordo com Barroso (2015), os direitos humanos funcionariam como uma reserva mínima de justiça os quais se submetem todas as pessoas. Para o referido autor (2016), após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana foi alçada ao patamar de princípio basilar dos direitos humanos, devendo ser interpretada como um princípio que dá autonomia a pessoa humana (BRASIL, 2016).

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 é um grande marco na efetivação dos direitos humanos tanto no âmbito internacional como no nacional. É a partir dela que surge a concepção dos direitos humanos como universais e indivisíveis. A partir desse momento intensifica-se o processo de positivação desses direitos nos ordenamentos nacionais (GONÇALVES; LAPA, 2008). A Declaração de 1948 também foi o estopim para a feitura de inúmeros documentos e tratados internacionais que versavam sobre os direitos humanos e sua proteção.

Os direitos fundamentais são de grande importância na Constituição da República ao ponto de não poderem ser objeto de deliberação, pois, por serem cláusula pétrea, funcionam como um limite ao poder constituinte reformador. Confirma este fato, o inciso IV, §4º, do artigo 60 da Constituição Federal (1988): “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias individuais”.

São exemplos de documentos e tratados internacionais de direitos humanos os quais o Estado brasileiro é signatário: o Pacto Internacional de Direitos Civis e políticos

de 1966⁶; Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966⁷; Declaração da I Conferência Mundial de Direitos Humanos do Teerã de 1968⁸; Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher de 1979⁹; Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993¹⁰; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994)¹¹; Conferência Mundial de População e Desenvolvimento de 1994; e Conferência Mundial da Mulher de 1995, sendo as duas últimas as mais importantes no seio da presente pesquisa.

A Conferência Mundial de População e Desenvolvimento do Cairo, de 1994, foi um marco nos direitos humanos das mulheres, pois pela primeira vez tratou-se políticas demográficas sob enfoque nos direitos humanos, ressaltando os direitos reprodutivos e sexuais da mulher. Dentre as mudanças trazidas por essa importante Conferência está no fato de que suas medidas estão voltadas para a população, ou seja, as políticas concernentes à natalidade, maternidade deverão ser implementadas pelos próprios cidadãos. Tal característica difere das Conferências e Convenções anteriores que tratavam destas questões como sendo relativas ao Estado, sem se pautar pelos direitos humanos (EMMERICK, 2007).

Isso significa dar autonomia a homens e mulheres de tomarem suas próprias decisões sobre seu corpo, sexualidade e saúde reprodutiva. Entretanto, para que isso

⁶ Este Pacto, assinado pelo Brasil em 1992, traz as primeiras garantias relativas aos direitos sexuais e reprodutivos de homens e mulheres, dentre os quais destaca-se: a proibição de intervenção estatal na vida privada e na família, devendo-se respeitar a liberdade e a igualdade de gênero. Este Pacto, prevê em seu artigo 28, a criação de um comitê no qual são avaliados os relatórios feitos pelos Estados signatários no que concerne à aplicação de suas disposições legislativas no âmbito interno dos Estados. O comentário geral 28 do aludido comitê dispôs que os Estados deveriam tomar medidas que evitassem gravidezes indesejadas e ainda declarou que leis que impõem penalidades mais severas a um dos gêneros – a exemplo do aborto – ferem o princípio da igualdade de gênero.

⁷ Ratificado pelo Brasil em 1992, o referido Pacto também previu uma série de direitos humanos, como: igualdade de direitos entre homens e mulheres sem qualquer discriminação, direito à liberdade e o direito de desfrutar de saúde física e mental dignas.

⁸ A conferência do Teerã confirmou os direitos dispostos nos pactos anteriores de 1966, tais quais: o compromisso com o respeito a dignidade da pessoa humana, bem como a proibição de discriminação de qualquer gênero.

⁹ Foi a primeira convenção a dispor abertamente sobre os direitos humanos das mulheres, ao ressaltar o Estado de desigualdade social que estas se encontravam em relação aos homens. O objetivo desta Convenção era eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher. Dentre os direitos trazidos, destacam-se para esta pesquisa os direitos à saúde e direitos reprodutivos. O Comitê, criado pela mencionada Convenção, em sua recomendação geral 24, assinalou: “quando possível, alterar a legislação relativa ao aborto no sentido de eliminar as disposições punitivas impostas a mulheres que se submetem ao aborto”.

¹⁰ A partir desta Conferência foram reconhecidos expressamente os direitos humanos das mulheres, devido à luta dos movimentos de mulheres para este reconhecimento.

¹¹ Esta Convenção definiu as formas de violência contra mulher e, como as anteriores, reconheceu a violência contra a mulher como uma violação aos direitos humanos.

ocorra, é necessária a criação de políticas públicas por parte dos Estados que viabilizem a referida autonomia, como, por exemplo: mudanças legislativas que ferem os direitos fundamentais de autonomia, reprodutivos e sexuais dos cidadãos.

A Conferência Mundial da Mulher, realizada em Pequim, em 1995, ratificou as disposições previstas na Conferência do Cairo. Os Estados signatários se comprometeram a implementar políticas públicas que resguardassem os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, bem como assumiram compromissos no sentido de respeitar sua autonomia, dando liberdade às mulheres no que tange a sua saúde reprodutiva e sexual. Vale ressaltar, que ambas as conferências não possuem o condão de obrigarem os Estados signatários, todavia servem como princípios aos Estados na forma de legislar sobre tais questões. Nesta perspectiva, o parágrafo 96 da referida Conferência (1995), aduz:

Os direitos humanos da mulher incluem o seu direito a ter controle sobre questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente com respeito a essas questões, livres de coerção, discriminação e violência. As relações igualitárias entre mulher e homem a respeito das relações sexuais e à reprodução, incluindo o pleno respeito à integridade pessoal, exigem o respeito e o consentimento recíproco e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade e as consequências do comportamento sexual.

Desde o século XX, os direitos reprodutivos, sexuais, a integridade física e psíquica e igualdade de gênero se consolidaram como direitos fundamentais e interpretados sob viés de gênero podem ser entendidos como direitos humanos das mulheres, direitos esses que dão a elas o poder de autodeterminação sobre o seu corpo e sua vida. Entretanto, legisladores e juízes insistem em interpretá-los de forma dogmática e legalista, e não à luz da dignidade da pessoa humana.

No âmbito nacional, a Constituição de 1988 foi um grande avanço para os direitos humanos das mulheres ao elencar uma série de direitos cruciais como a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres ao patamar constitucional e consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio. Uma interpretação de caráter humanista deste princípio aduz a dois pressupostos essenciais para concretizá-lo: a liberdade e a autonomia de vontade. Ou seja, cada indivíduo deve ser responsável pelos próprios atos de suas vidas. Cada pessoa tem direito de autodeterminar-se em relação ao seu corpo, sexualidade e seus valores, não cabendo ao Estado interferência sobre essas questões (BRASIL, 2016). É nesse aspecto que se insere a questão do aborto. O Estado não pode obrigar a mulher a seguir uma gestação, pois

interfere no corpo e nos direitos reprodutivos da mesma, que deve possuir autonomia para escolher o caminho da maternidade.

Nessa lógica, preleciona Roberto Barroso sobre a incompatibilidade da norma criminalizadora disposta no Código Penal de 1940 com os dispositivos constitucionais que tratam dos direitos fundamentais, mencionando seus efeitos prejudiciais à mulher:

O tratamento penal dado ao tema, no Brasil, pelo Código Penal de 1940, afeta a capacidade de autodeterminação reprodutiva da mulher, ao retirar dela a possibilidade de decidir, sem coerção, sobre a maternidade, sendo obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. E mais: prejudica sua saúde reprodutiva, aumentando os índices de mortalidade materna e outras complicações relacionadas à falta de acesso à assistência de saúde adequada. (BRASIL, 2016, p. 10-11).

A Constituição Federal de 1988 não menciona explicitamente os direitos reprodutivos e sexuais, estes estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro através de tratados internacionais assinados pelo Brasil. No entanto, pode-se percebê-los implicitamente em alguns artigos constitucionais, a exemplo do artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição (1988), que determina questões relacionadas ao planejamento familiar. Pelo referido dispositivo, interpreta-se que a norma constitucional delega aos homens e mulheres o direito de decidir sobre questões relativas à reprodução e planejamento familiar, devendo o Estado apenas fornecer os meios adequados para que isso ocorra, sempre resguardando o direito à autonomia e liberdade das pessoas. Ei-lo:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988, art.226, §7º).

Além dos avanços normativos em matéria de direitos humanos das mulheres, cumpre destacar a existência de planos nacionais de enfrentamento às violências relacionadas ao descumprimento dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. São destaques desses planos as políticas de planejamento familiar propostas pelo Ministério da Saúde em 2005, a saber: ampliação da oferta de métodos anticoncepcionais reversíveis no SUS, capacitação dos profissionais de saúde da atenção básica para assistência em planejamento familiar, seminário para pactuação da Política Nacional para Atenção Integral à Saúde da Mulher, ampliação do acesso à esterilização cirúrgica voluntária no SUS, termo de cooperação com a Secretaria Especial de Política para as Mulheres,

atenção à saúde sexual e reprodutiva de adolescentes e jovens, implantação e implementação de serviços para atenção às mulheres e adolescentes vítimas de violência sexual e doméstica e para atenção humanizada às mulheres em situação de abortamento e Pacto Nacional pela redução da mortalidade materna e neonatal (BRASIL, 2005).

Destacam-se também a Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes (BRASIL, 2012) e a Norma Técnica sobre Atenção Humanizada ao Abortamento, ambas na esfera do Ministério da Saúde (BRASIL, 2011). O primeiro criou Centro de Referência para as mulheres vítimas de violência sexual que optarem pelo aborto. O segundo prevê tratamento humanizado e ético às mulheres que cheguem ao sistema de saúde em virtude de um abortamento. Ambas as normas técnicas foram conquistadas por ação do movimento das mulheres, que luta há anos pela descriminalização do abortamento ou por um abrandamento das normas em relação à questão.

Apesar dos inúmeros avanços trazidos pela Constituição de 1988 no que tange aos direitos humanos das mulheres, ainda há uma forte discrepância entre o que determinam as normas e o que ocorre efetivamente na realidade. Ainda há muito a se avançar no que concerne aos direitos humanos das mulheres. Nos próximos subcapítulos, analisaremos os principais direitos humanos violados pela criminalização do aborto, de acordo com o objeto de análise da presente pesquisa: o Habeas Corpus 124.306, do ministro Luís Roberto Barroso e com as reivindicações e denúncias das mulheres.

3.1 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS DAS MULHERES

O que se observa quando se discute a criminalização do aborto é uma desarmonia entre os direitos humanos declarados das mulheres e o que ocorre na realidade social, legislativa e jurídica do país. As diversas conferências, convenções e documentos dos quais o Brasil é signatário e que dispõem sobre suas normas sobre direitos sexuais e reprodutivos das mulheres não são respeitados pelo Estado brasileiro. Na área jurídica, prevalece uma concepção formalista do direito, em que os direitos reprodutivos e sexuais são preteridos em relação a interpretações conservadoras e moralistas das normas; apenas uma concepção pautada pelos direitos humanos sob uma perspectiva de gênero é capaz de erigir a autonomia como direito básico conforme determinam os direitos reprodutivos e sexuais. Segundo Miriam Ventura (2009, p.19), são direitos reprodutivos e sexuais:

Os direitos reprodutivos são constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana. É, portanto, o direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre os seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.

De acordo com a Associação Mundial pela Saúde Sexual (1999), são direitos sexuais:

Direitos sexuais são baseados nos direitos humanos universais que já são reconhecidos em documentos de direitos humanos domésticos e internacionais, em Constituições nacionais e leis, em padrões e princípios de direitos humanos, e em conhecimentos científico relacionados à sexualidade humana e saúde sexual.

Historicamente, a conquista dos direitos reprodutivos e sexuais e sua conversão em direitos humanos está intrinsecamente ligada aos movimentos de mulheres ao longo da história. No âmbito internacional, os anos de 1960 e 1970 foram o estopim da luta feminista pelo direito ao corpo e autodeterminação (VENTURA, 2009) e na América Latina este movimento foi mais tardio, ocorrendo a partir dos anos de 1980, quando houve a redemocratização da maioria dos países da região (GONZAGA; BRANDÃO DE ARAS, 2015).

Como exposto, os direitos reprodutivos e sexuais estão muito ligados à ideia de autonomia individual. Os direitos fundamentais devem ser entendidos de forma indivisível, pois estão interligados uns aos outros, de modo que ao desrespeitar um, pode-se, facilmente, atentar contra outros. No Habeas Corpus 124.306, o ministro Luís Roberto Barroso afirma que autonomia é um aspecto inerente à dignidade da pessoa humana – princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro – na qual os indivíduos escolhem os rumos de sua vida sem a interferência estatal. Nesse sentido, sobre autonomia da mulher, preceitua Barroso:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a *autonomia* da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo –homem ou mulher –tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir. (BRASIL, 2016, p.9).

Um dos principais fundamentos da autonomia imbricada aos direitos reprodutivos e sexuais é a liberdade, isto é, na temática do aborto, o ideal, em conformidade com os direitos humanos dispostos na Constituição e em Tratados Internacionais, seria a mulher exercer a maternidade sem coerção de nenhum tipo, tendo ela o direito de decidir sobre seu planejamento reprodutivo de forma soberana, como preconizam os direitos reprodutivos e sexuais. Nesta perspectiva, para Dworkin (*apud* SARMENTO, p.45): “uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle sobre o seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravização parcial, uma privação da liberdade”.

Como exposto, os direitos humanos presentes na Constituição e nos tratados internacionais apontam para a inconstitucionalidade da criminalização do aborto, cabe ao Estado brasileiro tomar medidas legislativas e governamentais para conformar a legislação infraconstitucional aos princípios constitucionais. Entretanto, o Estado brasileiro age em sentido oposto.

Atualmente, há vários projetos de Lei que visam restringir ainda mais a legislação em matéria de abortamento ou dificultar que mulheres enquadradas nas hipóteses legais de aborto sejam impedidas de serem atendidas de forma humanitária nos centros de saúde para tomar decisões relacionadas à gravidez indesejada. Dentre esses projetos está a PL 5.069/2013, de autoria do ex-deputado cassado Eduardo cunha, que propõe alterar o atendimento a mulheres vítimas de abuso sexual, dificultando o acesso ao aborto, mesmo o caso supracitado sendo legal. Sobre os retrocessos e a incapacidade de agentes estatais em interpretar o aborto em consonância com os direitos reprodutivos e sexuais, preceitua Torres (2012, p.43):

(...) é preciso lembrar que, ao manter a criminalização do aborto, o Brasil viola princípios democráticos elementares relativos à possibilidade de criminalização (idoneidade, subsidiariedade e racionalidade), bem como ignora as exigências jurídico-penais de não se criminalizar uma conduta de modo simbólico ou para impor uma determinada concepção moral ou para punir condutas frequentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população, pois a criminalização do aborto constitui um instrumento ideológico de controle da sexualidade feminina, representa um mero instrumental simbólico da ideologia patriarcal, não tem sido eficaz nem útil para a proteção da vida intra-uterina, está sendo mantida com um enorme custo social, impede a implantação e efetivação de medidas realmente eficazes para o enfrentamento do problema e acarreta às mulheres terríveis sequelas e morte. Assim, o Brasil, que adotou o sistema democrático e que aderiu a todos os princípios e tratados internacionais de direitos humanos acima referidos, incorporando em seu sistema jurídico-constitucional os direitos humanos, sexuais e reprodutivos das mulheres, tem a obrigação jurídica e ética de descriminalizar o aborto.

Os direitos reprodutivos e sexuais e sua consolidação como direitos humanos é uma conquista dos movimentos de mulheres na luta pela igualdade de direitos. Os direitos fundamentais positivados dão à mulher o poder de autodeterminação, ou seja, dão a ela a liberdade sobre o seu corpo, seus valores, sua vida. Nessa conjuntura, cabe à mulher como sujeita de direito decidir sobre a maternidade ou manutenção de uma gravidez, não podendo o Estado interferir em suas decisões particulares, mas apenas fornecer os meios adequados à mulher no que concerne aos seus direitos reprodutivos.

3.2 VIOLAÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA MULHER

Neste subcapítulo abordaremos de que forma a criminalização do aborto viola a integridade física e psíquica da gestante, causando consequências na saúde da mulher. Neste caso, o direito ao corpo é o principal elemento a ser violado. Veremos também como até mesmo nos casos em que aborto é legalizado, a saúde da mulher – e por consequência sua integridade física e psíquica – é colocada em risco em virtude da objeção de consciência feita pelos profissionais da área de saúde.

Toda pessoa humana têm o direito de dispor do seu próprio corpo, sendo este um direito de personalidade. O direito ao corpo está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, na qual todo ser humano deve desfrutar de liberdade e autonomia para tomar suas próprias decisões. Nessa lógica, o ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no Habeas Corpus 124.306 aludiu:

A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser. Também aqui, o que seria uma bênção se decorresse de vontade própria, pode se transformar em provação quando decorra de uma imposição heterônoma. Ter um filho por determinação do direito penal constitui grave violação à integridade física e psíquica de uma mulher. (BRASIL, 2016, p.9-10).

A ilegalidade do aborto põe em risco a segurança pessoal das mulheres, que colocam em risco a suas integridades físicas – e, por consequência, suas vidas – ao submeterem-se a procedimentos técnicos clandestinos para interromper a gravidez. O Estado que deveria resguardar a saúde de suas cidadãs, coloca-as em risco ao manter a

ilegalidade do aborto e descumpre o que determina o inciso III, do artigo 5º da Constituição Federal (1988) que salienta: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Todavia, é isto que ocorre quando uma mulher submete-se a um aborto clandestino, ficando nas mãos de pessoas que não possuem o conhecimento técnico-científico adequado para realizar o procedimento.

Mesmos nos casos nos quais o aborto é legalizado, como risco de vida da mãe, gravidez resultante de estupro e fetos anencefálicos (BRASIL, 1940), as mulheres, geralmente, ainda precisam enfrentar tratamentos degradantes quando procuram profissionais de saúde que não se desvinculam de suas convicções morais e religiosas e não dispensam um tratamento ético as mulheres que recorrem ao aborto. Essas mulheres ainda podem enfrentar o chamado “direito de objeção de consciência” dos profissionais da saúde, tema que será discorrido seguidamente.

Seja por medo, desinformação ou questões éticas, morais ou filosóficas, profissionais de saúde podem recusar-se a realizar um procedimento abortivo, mesmo em casos de aborto legal. Em casos de mulheres vítimas de violência sexual, os profissionais têm receio de realizar o aborto e serem incriminados caso a alegação de abuso sexual comprove-se falsa. A falta de conhecimento das normas jurídicas por parte de muitos profissionais da área de saúde leva inúmeras mulheres vítimas de abusos sexuais a um tratamento degradante e as impede de exercer um direito que a própria lei lhes outorga (WESTPHAL, 2009). Vale ressaltar, que a mulher vítima de abuso sexual não necessita de nenhuma autorização judicial ou policial para realizar um aborto em caso de estupro. Além desses fatores mencionados, há outro que viola os direitos humanos das mulheres: o direito de objeção de consciência. De acordo com o conceito de Ricardo Perlingeiro (1998, p.206):

A objeção de consciência é o não-cumprimento de uma injunção legal ou de uma ordem administrativa mais ou menos direta. Trata-se de uma recusa, visto que a ordem em questão nos é dirigida e que, dada a natureza da situação, as autoridades sabem se a cumprimos ou não.

A objeção de consciência não é um apelo da justiça de maioria e, portanto, não se baseia necessariamente em princípios políticos. É fundamentada em princípios religiosos ou outros que não estejam de acordo com a ordem constitucional.

Em situações como as dispostas anteriormente, em que há o confronto do direito de objeção de consciência e os direitos humanos das mulheres, é lógico que predominam os direitos humanos das mulheres. A objeção de consciência viola os direitos humanos

da mulher ao submetê-la a um tratamento desumano e desrespeitar a integridade física e psíquica da gestante e, como consequência, seu direito de autodeterminação e dignidade.

O direito à saúde faz parte dos direitos fundamentais, no âmbito dos direitos das mulheres, ele está inerentemente relacionado aos direitos reprodutivos e sexuais, pois para estes serem efetivados é necessário acesso a um serviço de saúde que atenda as necessidades da mulher. Porém, o fator primordial que leva a violação da integridade física e psíquica da mulher no que se refere à criminalização do aborto, é que a gestação ocorre no corpo da mulher, é ela quem gestará em seu ventre o feto, é o seu psicológico que será afetado pela impossibilidade de interrupção da gestação de um feto que ainda não é sujeito de direito, mas que o ordenamento nacional o trata como se o fosse.

3.3 VIOLAÇÃO À IGUALDADE DE GÊNERO

A igualdade de gênero consagrada (artigo 5º, I) na Constituição Federal de 1988 é um dos direitos mais importantes trazidos pela Carta Magna. Por igualdade entende-se a aplicação dos mesmos direitos e deveres a homens e mulheres, mas também a equiparação de injustiças sofridas ao longo da história por minorias sociais. Neste contexto, não há como negar que, historicamente, à mulher foi negado uma série de direitos no passado e este fato reverbera nos dias atuais onde socialmente ainda há discriminações e desigualdades fundadas no gênero. Cabe ao Estado por meio de legislações ou políticas públicas equiparar os desiguais para assim se alcançar a verdadeira igualdade, uma forma de fazer isso é por meio da justiça social. Para Luís Roberto Barroso, no HC 124.306, a criminalização do aborto é um atentado a igualdade de gênero, pois impõe apenas à mulher uma norma criminalizadora.

A norma repressiva traduz-se, ainda, em quebra da *igualdade de gênero*. A igualdade veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença. A histórica posição de subordinação das mulheres em relação aos homens institucionalizou a desigualdade socioeconômica entre os gêneros e promoveu visões excludentes, discriminatórias e estereotipadas da identidade feminina e do seu papel social. Há, por exemplo, uma visão idealizada em torno da experiência da maternidade, que, na prática, pode constituir um fardo para algumas mulheres¹³. Na medida em que é a mulher que suporta o ônus integral da gravidez, e que o homem não engravida, somente haverá igualdade plena se a ela for reconhecido o direito de decidir acerca da sua manutenção ou não. (BRASIL, 2016, p.9-10).

A criminalização do aborto é prova cabal da violação à igualdade de gênero por parte do Estado brasileiro, pois é latente que a norma penal atinge as mulheres num grau inexoravelmente superior aos homens. Uma República que preconiza em seu texto constitucional a igualdade entre homens e mulheres e que se comprometeu por meio da ratificação de diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos – dentre os quais a igualdade de gênero – não pode permitir a manutenção de uma norma explicitamente inconstitucional como a que criminaliza o aborto. Como fora exposto no início deste capítulo, o Brasil é signatário de uma série de tratados internacionais que proíbem a discriminação de gênero, dentre os quais destaco o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (de 1966), o Pacto de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulher de 1979:

Os Estados devem relatar, ainda, as medidas tomadas em relação ao acesso ao aborto às mulheres que engravidam como resultado de violência sexual, ressaltando que as leis que impõe penalidades mais severas para a mulher do que para o homem, também violam a exigência da igualdade entre homens e mulheres.

Os Estados partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive ao planejamento familiar.

(BRASIL, 1984, art.12).

Portanto, a criminalização do aborto é uma evidente violação aos direitos humanos das mulheres, pois ao alçar a mulher como o único sujeito ativo de um crime, O Estado a retira do pé de igualdade com o homem, perpetrando a discriminação de gênero que visa combater.

3.4 O IMPACTO DA CRIMINALIZAÇÃO SOBRE MULHERES POBRES E NEGRAS

Um dos desdobramentos da desigualdade trazida pela criminalização do aborto está na desigualdade social; são as mulheres negras e pobres, as principais vítimas de abortos clandestinos, seja no papel de vítimas fatais ou no de inculminadas pela norma penal. Isto é, a criminalização do aborto produz discriminação social, pois são essas mulheres que em virtude de suas condições materiais de existência se sujeitam às clínicas clandestinas ou a procedimentos rudimentares que colocam em risco suas vidas.

Entre os 89 casos de óbitos de mulheres por aborto analisados a partir das fontes específicas, identificou-se que 41,6% eram negras, 62,9% eram solteiras ou separadas, 60% trabalhavam como domésticas ou eram donas de casa, 73% tinham escolaridade inferior a 8 anos de estudo e 55% tinham menos de 29 anos de idade. Entretanto, a questão sobre proporção de abortos espontâneos e intencionais continua pendente. (MENDONÇA; MARTINS, 2005).

O aborto precisa ser compreendido também como uma questão de saúde pública. Se realizados em hospitais públicos com toda assistência médico-hospitalar, se evitaria morte e danos à integridade física das mulheres. Por isso a importância não apenas da descriminalização, mas também da legalização para dar às mulheres acesso a um serviço de abortamento adequado, visto serem elas as maiores vítimas (GALLI, VIANA; SHIEAIWA, 2010).

A criminalização não impede as mulheres de abortarem, apenas coloca suas vidas em risco. Os países onde o aborto é criminalizado são os que detêm o maior número de aborto em comparação com os países onde a prática é legalizada (FAÚNDES, 2006).

Ainda no tocante às legislações estrangeiras, o movimento feminista teve forte protagonismo nas legalizações do aborto que se deram nesses países. Há muitos países que desde a década de 1950 do século passado descriminalizaram o aborto, a maioria situados na Europa e América Anglosaxônica:

Notadamente em razão da intensa pressão de grupos feministas, uma grande quantidade de países europeus já revisou sua legislação penal sobre o tema, tendo legalizado a prática do aborto. Em alguns Estados, desde a década de 50 a realização do aborto passou a ser possível desde que a pedido da mulher e até determinada semana de gestação. Atualmente, muitos países que ainda proíbem a prática vêm revendo sua legislação punitiva ao aborto, notadamente por pressões da sociedade civil organizada e, em especial, de movimentos feministas, que reivindicam a legalização do aborto como um direito da mulher, como forma de evitar-se a realização de abortos clandestinos que colocam em risco sua vida e saúde. (GONÇALVES; LAPA, 2008, p.29).

No Brasil, por exemplo, estima-se que cada uma a cinco mulheres já realizou um aborto, o que corresponde a um percentual médio de 20% (DINIZ; MEDEIROS, 2010). A grande maioria desses abortos ocorreu de forma ilegal, transformando-se num grave problema de saúde pública. Ratificam esses dados a seguinte pesquisa:

O aborto é comum entre as mulheres brasileiras. Das 2.002 mulheres alfabetizadas entre 18 e 39 anos entrevistadas pela PNA 2016, 13% (251) já fez ao menos um aborto. Considerando-se intervalos de confiança, trata-se de uma proporção semelhante à da PNA 2010 (15%). A pequena divergência não

é relevante, pode derivar de fatores aleatórios e está dentro da margem de erro. Como a pergunta é sobre realizar aborto ao longo da vida, as taxas tendem a ser maiores entre mulheres mais velhas. Na faixa etária de 35 a 39 anos, aproximadamente 18% das mulheres já abortou. Entre as de 38 e 39 anos a taxa sobe a quase 19%. A predição por regressão linear das taxas de aborto pelas idades é de que a taxa a 40 anos é de cerca de 19%. Por aproximação é possível dizer que, em 2016, aos 40 anos de idade, quase uma em cada cinco mulheres já fez aborto (1 em cada 5,4).

Os números de mulheres que declaram ter realizado aborto na vida são eloquentes: em termos aproximados, aos 40 anos, quase uma em cada cinco das mulheres brasileiras fez um aborto; no ano de 2015 ocorreram cerca de meio milhão de abortos. Considerando que grande parte dos abortos é ilegal e, portanto, feito fora das condições plenas de atenção à saúde, essas magnitudes colocam, indiscutivelmente, o aborto com um dos maiores problemas de saúde pública do Brasil. (DINIZ; MEDEIROS; MEDEIRO, 2016, p.655).

Num panorama local, dados trazidos pelo coletivo feminista Cunhã, que atua na cidade de João Pessoa, trazem o índice de abortamento por mulher nas maternidades da capital paraibana, demonstrando que a criminalização não impede as mulheres de realizarem um aborto. Num segundo momento, o dossiê também constata que as mulheres se referem ao seu aborto como espontâneo, na maioria das vezes, por receio de consequências legais e da discriminação dos profissionais da saúde. Aponta o dossiê sobre a realidade do aborto inseguro na Paraíba:

Dados do monitoramento da assistência às mulheres em processo de abortamento, realizada pela Cunhã recentemente, em quatro maternidades públicas da grande João Pessoa (2009), revelam que permanecem atuais as dificuldades que as mulheres e os profissionais de saúde enfrentam diante da ilegalidade do aborto. A média de abortamento por mulheres encontrada (1,4 abortamentos/mulher), no referido monitoramento, indica a recorrência ao aborto de repetição [...]. Da amostra de 53 mulheres que acessaram os serviços, 16 delas já haviam vivenciado um ou mais abortos, o que nos faz constatar as falhas na atenção pós-abortamento, em especial na orientação ao planejamento reprodutivo.

[...]

As mulheres pesquisadas, referem-se o diagnóstico de aborto espontâneo, parecendo indicar uma forma de proteção aos julgamentos e à discriminação por parte dos profissionais de saúde. (CUNHÃ, 2010, p.10-11).

Expostos esses dados constata-se que a criminalização do aborto além de não proteger o bem jurídica que visa proteger (a suposta vida do feto), visto que o número de abortos em países onde a prática é criminalizada é superior àqueles onde o aborto é legalizado, ceifa a vida de milhares de mulheres todos os anos que ao submeterem-se aos procedimentos abortivos precários acabam vindo à óbito ou quando não ficam gravemente comprometidas em sua saúde e integridade física. A criminalização do aborto além de violar os direitos humanos das mulheres, principalmente as pobres e da periferia,

causa um grave problema de saúde pública. A legalização em consonância com políticas públicas de prevenção de gravidez indesejada coadunada com a educação sexual são ótimos meios para se evitar aborto e morte de mulheres.

4. ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº124.306 EM CONFRONTO COM A REIVINDICAÇÃO DAS MULHERES

O objetivo do presente capítulo é confrontar os argumentos trazidos pelo ministro Luís Roberto Barroso no HC 124.306 com a realidade social e reivindicação do movimento de mulheres no que tange a descriminalização do aborto no Brasil, com isso, mostrar-se-á a importância que o movimento feminista teve na temática de legalização do aborto e como a decisão proferida pelo STF é um dos resultados de anos de reivindicação do citado movimento.

Neste capítulo far-se-á uma análise pormenorizada do Habeas Corpus 124.306 do Supremo Tribunal Federal, mostrando o caso concreto que ensejou o referido instituto jurídico, as pessoas envolvidas e o comportamento do judiciário nesta situação que envolve o tema do aborto. Neste entretempo, também realizar-se-á uma análise histórica do aborto e a importância do movimento de mulheres ao longo da história para a descriminalização e consequente legalização do aborto, principalmente no Brasil.

O Habeas Corpus 124.306 surge numa conjuntura política conservadora no Brasil, na qual o congresso, dominado por forças reacionárias, tem projetos de lei e de emendas à Constituição que cerceiam ainda mais o direito da mulher ao aborto, são projetos eminentemente inconstitucionais que atentam contra os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, bem como lesionam sua autonomia, igualdade e dignidade humana. No presente capítulo veremos toda a luta histórica das mulheres no que tange à descriminalização do aborto, ressaltando os momentos históricos de vitória na luta pelo direito ao próprio corpo.

Cabe salientar que a história não é linear, mas sim formada por rupturas, o presente trabalho – mesmo que de forma mínima em virtude do seu nível de abrangência – busca também evitar que se rompa com os processos de avanço no que concerne à descriminalização do abortamento no Brasil, bem como com o reconhecimento dos direitos humanos das mulheres.

Ao longo do capítulo também constatar-se-á como o Habeas Corpus 124.306, bem como os demais elementos normativos na seara dos direitos reprodutivos e sexuais femininos são conquistas do movimento de mulheres e, por consequência, apresentam-se como resultado deste, a partir do momento que a concretização dos direitos das mulheres nos âmbitos legal e jurídico só se deu em virtude da luta de diversos movimentos sociais através da persuasão e de ocupação dos espaços de poder.

4.1 HISTÓRICO DE LUTA DAS MULHERES PELA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

Primeiramente, faremos um breve histórico sobre o aborto ao longo do tempo, mostrando suas diferentes concepções e abordagens nas sociedades em que ocorria. Após isso, exporemos como se deu a luta do movimento das mulheres pela legalização do aborto no Brasil.

Historicamente, o aborto foi interpretado de diversas formas, já foi criminalizado e permitido, exortado e evitado, sempre de acordo com os códigos morais das sociedades e épocas os quais ocorria.

Nesse sentido a prática do aborto foi tema de discussão em diversas sociedades, até mesmo no ‘berço da civilização ocidental’ e para os filósofos do cristianismo. Na antiga Grécia, Aristóteles e Platão já discorriam sobre o assunto; na Roma era intimamente ligado a taxa de natalidade, podendo ser proibido ou permitido, e tomado como assunto de Estado; durante a Idade Média, dois pensadores do cristianismo refletem sobre o tema: Sto. Agostinho (sec.IV) admite que só a partir de 40 dias após a fecundação se pode falar em pessoa e Santo Tomás de Aquino (sec.XIII) reafirma não reconhecer como humano o embrião que ainda não completou 40 dias, quando então lhe é infundida a “alma racional” (FERREIRA, 2010, p.1).

Como exposto é interessante observar como a igreja católica em seus primórdios tinha uma posição diametralmente oposta a que tem nos dias atuais, pois seus principais teóricos não se opunham ao aborto caso o mesmo fosse executado até um determinado período de tempo; tais posições contrastam com a posição atual da igreja, que exerce uma forte influência social, política e jurídica como agente opositor da descriminalização, e consequente legalização, do aborto.

De acordo com a literatura médica, existem registros de abortos ocorridos há milênios. No exposto a seguir têm-se também as primeiras penas às mulheres acusadas de terem cometido aborto, ei-lo:

O aborto induzido tem sido praticado há milênios. De acordo com Guadalupe Meza Lavaniegos (1997) na literatura médica os primeiros textos tratando de técnicas abortivas foram encontrados na China e datam mais de seis mil anos. As primeiras penas para mulheres que praticavam aborto datam 4500 a. C. e estiveram nos códigos Hamurabi, Assírio e Sumério. Neste último, algumas chegavam a ser condenadas a crucificação ou empalamento. (PORFÍRIO; LACERDA; MEDEIROS, 2015, p.1).

Segundo Galeotti (2007), antes do século XVIII, o aborto era, mormente, um assunto exclusivo da mulher, havendo poucas punições a despeito, geralmente quando

feria os interesses do marido. A situação mudou, na opinião da autora, após a Revolução Francesa, visto que o feto a partir dessa época era considerado um futuro soldado, bem como mão de obra; era, portanto, uma política de interesse do Estado. As proibições legislativas sobre o aborto tiveram impulso depois da Primeira Guerra Mundial pelo motivo já exposto no parágrafo anterior: ter um contingente grande em virtude de eventuais guerras.

Como se apercebe, a punição do aborto ao longo da história estava submetida a interesses econômicos e sociais, não havia e não há preocupação com a mulher como sujeita de direito, tão pouco com a suposta vida do feto. No decorrer dos séculos XX e XXI, a punição ao aborto se dá por meio de discursos conservadores que interpretam a vida como formada desde a concepção, utilizando-se dos mecanismos de controle de corpos e da sexualidade das mulheres.

No contexto nacional, o Brasil no período colonial trazia a ideia da maternidade como redentora do pecado original da mulher, sendo a única possibilidade de redimi-la de seus pecados; a maternidade conduzia a ideia de mãe que salvaria o mundo (DEL PRIORI, 1993). Apesar dessas ideias, o aborto neste período era uma prática recorrente das mulheres, em virtude da situação de pobreza e vulnerabilidade em que viviam, pois muitos dos fetos abortados eram frutos das relações entre as mulheres da colônia com homens portugueses, o que naquela época significava filhos não reconhecidos pois foram havidos fora do matrimônio (Rebouças; Dutra, 2011).

No Brasil imperial, o aumento do número de abortos levou a primeira criminalização legal da prática nos códigos penais vigentes no período. Nesta época, o objetivo principal da criminalização era a moralidade católico-cristã que considerava a mãe a base da família, santificada na figura de Maria. Neste sentido, prescrevem Melina Séfora e Elza Maria do Socorro:

O primeiro código criminal que falava especificamente da proibição do aborto data de 1830. Esse código punia qualquer pessoa que tentasse realizá-lo ou fosse cúmplice na tentativa de fazê-lo. No código penal de 1890 passou-se a punir a mulher que realizasse o próprio aborto, mas ocorreram alguns atenuantes, como, por exemplo, casos em que o aborto fosse realizado com a intenção de ocultar a própria desonra. (REBOUÇAS; DUTRA, 2011, 422).

Após este período não ocorreram mudanças em relação à criminalização do aborto no Brasil. Só a partir de 1940, com a feitura do atual Código Penal Brasileiro, que ocorreu

uma transformação legal no tocante a essa temática, onde o aborto foi permitido nos casos de risco de vida da mulher ou em gravidez proveniente de estupro.

Em 1949, após a promulgação do Código Penal de 1940, foi proposto o primeiro projeto de lei que visava proibir o aborto em todos os casos, Tratava-se da PL810/49, tal projeto foi proposto por um monsenhor católico chamado Arruda Câmara. Em 1955, houve outro projeto de lei que também visava restringir o aborto: o PL828/55, do senador Martiniano José Fernandes (EMMERICK, 2007). Ambos os deputados eram ligados à igreja católica, portanto, podemos constatar que desde o início das disputas legais sobre o tema, a igreja se mostra como uma instituição opositora do aborto e, por conseguinte, dos direitos reprodutivos femininos.

No período da ditadura militar (1964-1985), principalmente em seus primórdios, a temática do aborto raramente era debatida, até mesmo dentro do meio feminista, que à época encontrava-se aliado a setores da igreja católica na luta por democracia e por consequência evitava-se discutir sobre esta temática. (SCAVONE, 2008). Durante a década de 1970, a questão do aborto estava inserida em pautas como os direitos individuais, que pressupunham autonomia e poder sobre o próprio corpo. Neste sentido, prescreve Lucila Scavone:

Em meados da década de 1970, o feminismo brasileiro já tinha uma posição política sobre o aborto fundamentada no princípio do direito individual. Ao contornar demandas abertas pelo direito ao aborto, as feministas costumavam substituí-las por fórmulas gerais, tais como “direito de decidir pelo número de filhos desejados”, “direito de conhecer e decidir sobre seu próprio corpo”, entre outras.⁴ Sempre é bom lembrar que a negociação também era feita entre as próprias feministas, pois havia aquelas que, ligadas aos partidos de esquerda ortodoxos, não aceitavam enfatizar a questão do aborto. (SCAVONE, 2008, p.676).

Com o processo de abrandamento do regime militar nos anos de 1980, houve uma série de avanços nos campos da saúde reprodutiva e sexual das mulheres, com a criação de projetos e institutos voltados à mulher. É também nesta época que o movimento feminista brasileiro passa a defender ativa e abertamente a pauta de descriminalização e legalização do aborto, desvinculando-se, assim, dos movimentos católicos progressistas.

É neste período que o movimento feminista se desvincula da aliança com a Igreja Católica e com os partidos de esquerda, e a legalização do aborto passa ser um dos elementos centrais da pauta de reivindicação das mulheres. À vista disso, o debate sobre o aborto deixa os espaços privados, passando a fazer parte do debate público no movimento de mulheres, que começa a realizar encontros,

seminários, estudos e debates sobre a questão e, progressivamente, o tema passa a ser reivindicado como um direito a ser demandado aos poderes públicos. É nesse momento que o aborto começa a ser vinculado às questões de saúde, sexualidade e reprodução, ou seja, dentro do paradigma de ampliação da democracia e da cidadania das mulheres. (EMMERICK, 2007, P.133-134).

Após o fim da ditadura militar em 1985, começa-se a discutir a nova constituinte. É dentro deste contexto histórico que o movimento de mulheres passa a reivindicar a inclusão na Constituição de diversas pautas concernentes aos direitos da mulher, no qual destaca-se a legalização do aborto (ROCHA, 2006).

Na época da elaboração da constituinte, como explica Maria Isabel Rocha, formou-se o que ficou conhecido como “lobby do batom”, o movimento feminista redigiu uma carta aos constituintes demonstrando suas pautas, entretanto temas como a legalização do aborto ficaram de fora da nova constituinte, todavia inúmeras outras pautas do movimento de mulheres foram incluídas na atual Constituição da República. Este período foi marcado por guerras ideológicas entre o movimento feminista e setores conservadores, dentre os quais destaca-se a igreja católica; de um lado estavam as mulheres feministas lutando pela inclusão do direito ao aborto legal na Constituição, do outro os movimentos religiosos requerendo a proteção da vida desde a concepção. Sobre este conturbado, mas importante momento histórico discorre Maria Isabel Rocha (2006, p.371):

Na fase de 1985 a 1989, iniciou-se uma transformação nas características do Estado brasileiro e intensificou-se a atuação da sociedade civil. Em relação aos direitos das mulheres, estes entraram na agenda política dos poderes Executivo e Legislativo e novos direitos foram assegurados na Constituição de 1988. Nesse contexto, o debate sobre o aborto começou a assumir uma nova dimensão e, inclusive, a refletir enfrentamentos mais acentuados entre as feministas e as entidades religiosas, sobretudo a hierarquia da igreja católica.

Moralismos, preconceitos e visões imbuídas de patriarcalismos são alguns dos fatores que impediram a inclusão da pauta da legalização do aborto na Constituição de 1988, saliente Salete Maria da Silva (2011). Mesmo os congressistas situados à esquerda do espectro político, evitavam (e evitam) discutir sobre o aborto por medo de perder eleitores ou mesmo por questões morais pessoais, visto que o patriarcado está inserido em diversos setores da sociedade, inclusive nas alas progressistas. Já os grupos conservadores recusavam-se a sequer discutir o tema, transformando-o em um grande tabu social. Sobre isso, reflete Salete Maria da Silva (2011, p.276):

A manifestação referida demonstra a dificuldade que o movimento de mulheres, mais especificamente sua vertente feminista, enfrentou com relação à temática do aborto, pois não obstante se trate de uma questão suficientemente discutida e refletida no campo do feminismo, este não tem encontrado apoio, de ordem significativa, no âmbito do parlamento brasileiro, pois mesmo entre muitos deputados/as e senadores/as situados mais à esquerda o assunto, de uma maneira geral, ainda é um tabu, vez que, não raro, esbarra nas inconveniências da preocupação com a opinião pública, apesar de um/a ou outro/a parlamentar se manifestar, individualmente, a favor da descriminalização.

A partir da década de 1990, o movimento feminista brasileiro faz novos saltos na luta pelos direitos das mulheres. É nesta época que surgem inúmeras associações, organizações não-governamentais e institutos dedicados à luta pelas pautas feministas, destacam-se o CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria), criado em 1991, com sede em Brasília, esta organização presta importante trabalho na assessoria de parlamentares no Congresso Nacional. Dentre outras instituições de destaque criadas estão: CEPIA¹² (Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação), SOS Corpo – Instituto Feminista para a Democracia¹³, Themis – Assessoria Jurídica de Estudos de Gênero¹⁴, além da Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos¹⁵, Católicas Pelo Direito de Decidir¹⁶, dentre outras organizações e movimentos importantes (EMMERICK, 2007).

A década de 1990 também foi palco da presença legislativa de inúmeros projetos de lei relacionados ao aborto. Havia propostas criminalizadoras bem como legalizadoras sobre o aborto. Foi um período intenso, no qual as lutas feministas estavam crescendo e ganhando aderência de pessoas e setores da sociedade, resultado da democratização, marca do período. Sobre o tema, aduz Rulian Emmerick:

Neste cenário de acirramento da discussão política sobre o aborto, na década de 90 do século XX, foram apresentadas mais de duas dezenas de propostas legislativas visando modificar a legislação criminalizante do aborto. Em sua

¹² Esta organização não-governamental realiza estudos, pesquisas e seminários sobre diversas temáticas relativas a grupos socialmente vulneráveis, com o objetivo de incluí-los socialmente e ampliar suas cidadanias. A organização atua sob uma perspectiva de gênero e realça sua atuação nas temáticas de direitos reprodutivos e sexuais, dentre os quais situa-se a discussão sobre o aborto.

¹³ Este instituto, sediado em Recife, entende que as pautas feministas também estão ligadas ao combate à pobreza, desigualdades sociais e à homofobia, onde luta pelos direitos das mulheres nestes três eixos.

¹⁴ Esta organização é importantíssima, pois atua, principalmente, na seara jurídica, promovendo acesso à justiça a inúmeras mulheres. Seu objetivo é combater o machismo no meio jurídico.

¹⁵ Esta articulação de mulheres visa promover em todo o país o conhecimento sobre os direitos sexuais e reprodutivos, bem como outros direitos fundamentais relacionados às mulheres.

¹⁶ O grupo Católicas pelo Direito de Decidir é bem paradigmático, pois leva a discussão sobre a descriminalização do aborto ao seio da igreja católica – hoje uma das instituições mais ativas no combate à descriminalização do aborto.

grande maioria, as propostas eram no sentido de ampliar os permissivos legais existentes ou até visando a descriminalização/legalização do aborto. (EMMERICK, 2007, P.135).

Dentre os projetos de lei favoráveis ao aumento dos permissivos legais em matéria de aborto estão: PL20/91, PL1104/91, PL1135/91, PL1174/91e PL2023/91, apresentados pelos deputados Sandra Starling e Eduardo Jorge, que foram anexados por tratar-se de temas semelhantes, além dos projetos dos deputados José Genuíno, Fátima Peleas e Jandira Feghali (EMMERICK, 2007). Cabe salientar que todos estes projetos mencionados são resultado da luta do movimento feminista pela descriminalização do aborto (ROCHA, 2006). Todavia, também havia presença de projetos de Lei que propunham a total criminalização do aborto, um exemplo é a PL190/94, que aventava inserir no artigo 5º da Constituição a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção (EMMERICK, 2007).

No fim da década de 1990, foram propostos projetos de lei com objetivo de dar acesso às mulheres ao aborto seguro nos casos previstos em lei, ou seja, risco de vida da mãe e estupro. Apesar de permitido, estes casos previstos em lei ainda não estavam regulamentados. A primeira cidade a regulamentar o serviço de aborto no serviço público de saúde foi São Paulo, sob o governo da prefeita Luiza Erundina (SCAVONE, 2008).

No início do século XXI continuam as disputas ideológicas entre os diversos atores sociais em matéria de aborto, assim como na década de 1990, parlamentares continuam criando diversos projetos de lei a favor e contra a legalização do aborto. Entretanto, destacam-se neste século projetos de lei contrários à descriminalização em virtude do seu alto teor violento aos direitos humanos das mulheres, a destacar o Estatuto do Nascituro, que visa criminalizar o aborto em todos os casos. O projeto ainda traz a possibilidade de pagamento de pensão alimentícia por parte do agressor, quando identificado, o que levou as feministas a apelidarem-no de “bolsa estupro” (MARTINS; GOULART, 2016).

Propostas como essas configuram uma nítida violação aos direitos humanos das mulheres, já bastante violados com a atual conjuntura de criminalização do aborto. Grupos conservadores, ao proporem projetos como esses, buscam sobrepor os direitos dos fetos aos das mulheres, a dignidade humana das mulheres (enquanto princípio elementar) é relativizada em detrimento de uma suposta vida inconclusa, uma vez que nem a ciência hoje consegue determinar quando tem início a vida da pessoa humana (RUTHES; ALMEIDA, 2010).

4.2 HABEAS CORPUS Nº124.306 – UMA DECISÃO HISTÓRICA

Neste subcapítulo, abordar-se-á o Habeas Corpus 124.306, objeto da presente pesquisa, de forma pormenorizada, desvelando o caso que ensejou o referido instituto jurídico, suas nuances, os envolvidos, a atuação dos agentes jurídicos sobre a questão, demonstrando os modos como casos de aborto são tratados pelo judiciário, sinalizando os discursos proferidos sobre o caso e suas relações com o patriarcado e controle de corpos já discutidos no primeiro capítulo deste trabalho.

O processo diz respeito a um caso de aborto clandestino que resultou nas mortes de Jandira Magdalena dos Santos Cruz e Cinthia Alves da Silva. Os acusados – o médico Carlos Eduardo de Souza Pinto, a enfermeira Rosemere Aparecida Ferreira e seu ex-marido Edilson dos Santos, além de outros membros que atuavam em grupo – estão sendo julgados por terem praticado aborto com o consentimento da gestante (BRASIL, 2014).

Primeiramente, antes de debruçarmo-nos sobre o caso em si, é muito importante conceituar o que é Habeas Corpus. Trata-se, então, de um remédio constitucional utilizado sempre quando há ameaça ao direito de ir e vir, podendo o mesmo ser preventivo (quando existe uma ameaça sobre o direito de ir e vir de um indivíduo) ou repressivo (quando a ameaça sobre o direito de ir e vir já se concretizou), que é o caso em comento (LENZA, 2013). O habeas corpus está positivado no artigo 5º da Constituição, inciso LXVIII, que determina: “Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá habeas corpus. ”

Conceituado habeas corpus, vamos adentrar ao caso que o levou a ser impetrado. Os acusados mantiam uma clínica clandestina de aborto no município de Duque de Caxias (RJ), lá realizavam abortos clandestinos com aquiescência das mulheres que os procuravam. A clínica em questão foi descoberta pela polícia em 2013 em virtude da morte de Cinthia Alves da Silva, vítima de aborto clandestino. O Ministério Público ingressou com ação penal contra os acusados, porém o juízo de 1º grau concedeu liberdade provisória aos acusados sob o argumento de que os crimes os quais respondiam não ensejavam em prisão preventiva em virtude da baixa penalidade que lhe são atribuídos pelo Código Penal. Eis a decisão:

Noutro prisma, analisando o referido pedido do M.P. , não vislumbro a necessidade de decretação da prisão preventiva em desfavor dos indiciados, cabendo ressaltar que tal medida tem o condão de caráter excepcional , e, assim

sendo, não pode, ser adotada no caso em tela, especialmente porque as infrações imputadas são de médio potencial ofensivo, com penas relativamente brandas, permitindo que, em caso de condenação, sejam aplicadas sanções conversíveis em penas restritivas de direitos ou, no máximo a serem cumpridas em regime aberto. (BRASIL, 2014, p.771)

O Ministério Público recorreu da decisão do juízo de 1º grau, requerendo a prisão preventiva dos acusados e o caso chegou ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O citado tribunal deferiu o pedido do Ministério Público e decidiu por manter a prisão preventiva dos réus. Dentre os argumentos trazidos pelo tribunal foi de que aos réus foram imputadas as práticas de diversos crimes além do aborto, dentre eles a formação de quadrilha e homicídio qualificado, este em virtude da morte de Cinthia Alves da Silva na sala da clínica clandestina. Todavia, para este trabalho destaca-se o seguinte argumento produzido pelo citado tribunal:

Da mesma forma, flagrante o *periculum libertatis*. Os delitos perpetrados são de extrema gravidade e repudiados veementemente pela sociedade. Demonstram seus agentes, ainda, grande periculosidade, uma vez que possuem extensos meios para atrair mulheres das mais diversas regiões, inclusive de outros Estados da Federação, sendo a segregação cautelar o único meio de garantir a incolumidade da ordem pública. Além disso, a própria tentativa de fuga dos recorridos, chegando, conforme depoimentos presentes no auto de prisão em flagrante (fls. 44/48), a abandonar uma das mulheres semidespida deitada em uma cadeira ginecológica e apresentando intenso sangramento, para empreender fuga, sendo necessária a intervenção do policial para que o médico Carlos Eduardo retornasse à sala para cuidar da paciente, faz crer ser necessária a restrição da liberdade de forma garantir a aplicação da Lei Penal. (BRASIL, 2014, p.776).

A primeira justificativa trazida pelo eminente tribunal não justifica uma prisão preventiva e traz uma concepção moralizante do direito. Ao afirmar que o aborto é um crime de extrema gravidade, os juízes colocam em segundo plano as mulheres vítimas da prática, visto que só são vítimas em virtude da criminalização, que as leva a recorrer a meios inseguros para realizar o abortamento. Não é o crime de aborto que é grave, mas sim sua ilegalidade que leva ano após ano milhares de mulheres à morte (CARVALHO, 2009).

O fato de o aborto ser “supostamente” repudiado pela maioria da sociedade brasileira, também não legitima sua criminalização. Primeiro, porque não podemos inferir que a sociedade repudia o crime de aborto, quando mulheres das mais diversas classes sociais, religiões e idades realizam aborto no Brasil (IPAS BRASIL, 2012). Segundo que a sociedade não é homogênea, ou seja, ela é formada por diversos grupos sociais, que

muitas vezes possuem valores e pautas antagônicas entre si, por isso ser problemática a ideia de tratar a sociedade como um grande corpo uniforme, como fez o referido magistrado. Terceiro, é importantíssimo separar, em parte, a moral do direito, principalmente, pelo fato de a moral ser relativa entre os grupos que conformam a sociedade.

Em se tratando de aborto, é claro o fato de ser um tema que suscita discussões em diversos setores da sociedade, com grupos favoráveis e outros desfavoráveis à prática, não cabendo, portanto, a um juiz, que exerce as vezes do Estado impessoal, tomar partido de uma posição em detrimento da outra, o correto é decidir baseado em princípios fundamentais, e não em conceito morais com fortes influências religiosas. Sobre moralidade, o Ministro Luiz Roberto Barroso discorre:

Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro.

Em temas moralmente divisivos, o papel adequado do Estado não é tomar partido e impor uma visão, mas permitir que as mulheres façam sua escolha de forma autônoma. O Estado precisa estar do lado de quem deseja ter o filho. O Estado precisa estar do lado de quem não deseja –geralmente porque não pode –ter o filho. Em suma: por ter o dever de estar dos dois lados, o Estado não pode escolher um. (BRASIL, 2016, p.14)

Os ministros Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio e Rosa Weber entenderam pelo não cabimento de prisão provisória aos réus pelos motivos de os mesmos não terem antecedentes criminais, possuírem residência fixa e por não estarem presentes os requisitos legais que justificam a prisão preventiva. O ministro Luís Roberto Barroso ainda ressaltou o fato de que no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não apontou elementos individualizantes que ensejassem a prisão cautelar, apenas resumiram o caso a suposta gravidade do crime de aborto (BRASIL, 2016).

Decisões como as do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro só corroboram com o controle que os corpos das mulheres sofrem pelo judiciário, ao colocarem a tipificação do crime de aborto acima da vida e dos direitos humanos das mulheres. O judiciário, como instituição patriarcal, reafirma o machismo presente nas normas estatais ao interpretá-las de forma dogmática e repressora das liberdades individuais das mulheres, construindo discursos que minimizam as graves consequências sociais decorridas da criminalização do aborto em detrimento da hermenêutica da norma repressora.

4.3 O HABEAS CORPUS 124.306 COMO RESULTADO DAS REIVINDICAÇÕES DAS MULHERES NA LUTA PELA LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

O HC 124.306 sob voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso não foi por si só um elemento primordial na luta pela descriminalização do aborto, os argumentos nele aduzidos não são inéditos nem frutos de mera interpretação do magistrado, eles foram construídos ao longo de anos pelo movimento das mulheres na luta pela legalização do aborto em diversos países do mundo. Os fundamentos dispostos na decisão judicial discutida nesta pesquisa foram formulados por diversas teóricas feministas nos estudos sobre gênero e sexualidade. Buscamos aqui mostrar as reivindicações das mulheres contempladas no manifestado diploma jurídico, analisando os argumentos proferidos pelo ministro Roberto Barroso sob um viés de gênero.

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso argumenta que uma série de direitos humanos são violados com a criminalização do aborto, afirma, ainda, que a penalização traz graves consequências para as camadas mais pobres da população, a exemplo de mulheres pobres, negras e da periferia. Em suas palavras:

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. (BRASIL, 2016, p.1-2).

O discurso de que a criminalização do aborto afeta os direitos humanos das mulheres (como direitos sexuais e reprodutivos, integridade física e psíquica, entre outros) são feitos pelo movimento feminista desde a sua segunda onda, por volta da década de 1970, na esfera internacional; e no Brasil por volta da década de 1980 com o fim da ditadura militar (GONZAGA; ARAS, 2015). Já nesta época era discutida no seio do movimento feminista questões relativas ao controle dos corpos e da sexualidade da mulher e direito ao próprio corpo, onde chegavam a conclusão de que este controle

manifestava-se nas normas estatais, e um dos exemplos disto era a criminalização do aborto (DORNELAS, 2015).

Outro argumento trazido ao debate pelo ministro é o fato de a criminalização atingir de forma mais intensa as mulheres pobres e da periferia. Desde o final dos anos de 1980, o movimento feminista trabalha com diversos dossiês e relatórios que atestam este fato, demonstrando o quanto a criminalização é perniciosa para estes setores da sociedade. O dossiê sobre aborto inseguro “o impacto da ilegalidade do abortamento na saúde das mulheres e na qualidade da atenção à saúde reprodutiva no estado do Rio de Janeiro”, produzido em 2010, comprova como há muito tempo o movimento feminista vem alertando sobre este problema.

No Brasil, o aborto é uma questão de saúde pública, penalizando mais severamente as mulheres negras, pobres e jovens que acessam os serviços públicos de saúde para finalizar um aborto iniciado em condições inseguras. Os abortos acontecem, na maioria das vezes, através de procedimentos realizados sem assistência adequada, sem nenhuma segurança e em ambientes sem os mínimos padrões sanitários, com possibilidades de complicações pós-aborto, como hemorragia, infecção, infertilidade e/ou morte. Parte destes casos chega às maternidades públicas como abortamento incompleto. (GALLI; VIANA; SHIRAIWA, 2010. P.7)

Ao longo do voto, Barroso compara a legislação brasileira às estrangeiras no que concerne à criminalização e legalização do aborto e demonstra como nos países onde a prática é legalizada o número de aborto é menor em comparação aos países onde é criminalizada. Descreve Barroso:

É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é ilegal¹⁶. Recente estudo do *Guttmacher Institute* e da *Organização Mundial da Saúde* (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37 a cada 1 mil mulheres. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014

Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido. (BRASIL, 2016, p.12-13).

Estes dados trazidos na HC também são constantemente pesquisados por coletivos feministas. É comum dentro do movimento de mulheres esta comparação com os países

onde o aborto é legalizado, até por questão de refletir como os direitos humanos das mulheres são violados no país e que em países nos quais os mesmos são respeitados, há um índice bem inferior de morte de mulheres em virtude de uma maior consciência do Estado em assegurar a elas direitos sobre o seu corpo, vida e sexualidade (FAUNDES, 2006).

A diferença de abordagem sobre a criminalização do aborto entre os argumentos apresentados por Luís Roberto Barroso e o movimento feminista está na perspectiva abordada por ambos. As feministas analisam a questão do aborto para além do jurídico, trazendo concepções de gênero à questão, revelando os mecanismos de controle patriarcais imbricados na questão, ou seja, trabalham também sob uma perspectiva de gênero, demonstrando que a criminalização do aborto é apenas uma das facetas do controle de corpos o qual as mulheres estão submetidas em sociedades patriarcais.

Para Gilberta Santos Soares (Toques de Saúde, 2004), a moralidade religiosa é um dos fatores que contribui para a apatia da maioria das lideranças políticas da América Latina no que tange à temática do aborto. Ela também destaca que a moralidade patriarcal é um dos instrumentos normativos da criminalização. Neste sentido disserta Maria José Rosado na revista Toques de Saúde (2004), do coletivo feminista Cunhã:

Fundamentalmente, porém, devemos considerar que seria não só extremamente injusto, mas também desumano e mesmo imoral, exigir das mulheres que elas se façam mães, simplesmente porque são dotadas da possibilidade biológica de gestar. A maternidade é plenamente humana quando resulta de uma escolha ética e não de uma imposição genética. O reconhecimento da humanidade das mulheres significa atribuir-lhes o controle sobre sua capacidade biológica de gerar um novo ser. Assim, moral, em uma sociedade, é estender a todas as mulheres o bem significa a possibilidade de interferir no próprio poder criativo, e não deixá-las sujeitas ao capricho de um acidente biológico. Moral, em uma sociedade, é reconhecer as mulheres como agentes morais de pleno direito, com capacidade de escolher eticamente, segundo critérios socialmente aceitáveis como justos. Imoral é que outros – seja o Estado, seja um grupo religioso, seja uma igreja – decidam sobre o que as mulheres podem ou não fazer de seus corpos, de sua capacidade reprodutiva. (ROSADO, 2004, p.16-17).

Portanto, em que pese a importância do teor do voto do ministro Luís Roberto Barroso sobre a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no Brasil, foram os movimentos sociais feministas que trouxeram à baila esta discussão. A problemática do aborto surgiu no interior do movimento das mulheres, a partir do qual espalhou-se sobre outras searas devido a atuação das ativistas em diversos campos sociais. O voto de um ministro do Supremo Tribunal Federal – mesmo sem força vinculante – a favor da legalização do aborto é uma das vitórias do movimento feminista, pois exortou a

discussão na sociedade sobre a temática em tempos de forte conservadorismo e retrocessos sobre a questão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito desta monografia foi analisar a criminalização do aborto no Brasil sob um viés de gênero e examinar como a criminalização ataca os direitos humanos das mulheres. O uso do Habeas Corpus nº124.306, sob voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso, foi utilizado como objeto em virtude de sua relevância, ao trazer para o debate público parte dos argumentos defendidos há anos pelos mais diversos coletivos feministas no que concerne ao aborto. Os direitos humanos violados, o controle de corpos (principalmente das mulheres), os discursos jurídicos sobre o tema e a exposição da realidade social a qual se encontram as mulheres vítimas da criminalização do aborto foram expostos neste trabalho.

Todavia, ressalta-se, sempre, o fato dos argumentos sobre direitos reprodutivos, autonomia, liberdade individual entre outros terem sido levantados pelo movimento de mulheres há décadas. Em razão disso, este trabalho foi construído com base na perspectiva delas, mostrando como a criminalização do aborto está relacionada às questões de gênero e ao feminino.

Neste trabalho, a mulher é a sujeita central da discussão sobre o aborto. De certa forma, isto rompe com as narrativas comumente abordadas a respeito da questão, onde mormente coloca-se o feto como sujeito central do debate. Mesmo os discursos progressistas estão imbuídos de conservadorismo por força do patriarcalismo, discute-se a suposta vida do feto, porém não menciona-se a vida da mulher – o único ser comprovadamente vivo e que sofrerá as principais consequências do aborto. Neste sentido, buscou-se dar enfoque a mulher e as violações legais por elas sofridas por conta da criminalização.

Ao longo desta pesquisa, observamos que a problemática da criminalização do aborto é produto de uma estrutura de ideologia patriarcal, na qual a mulher é tida como receptáculo do Estado e do homem e seu corpo é controlado para fins que não são os seus. O controle reverbera nas normas estatais por meio da criminalização dos seus corpos, quando não servem ao patriarcado. Como consequência, seus direitos humanos – que pressupõem autonomia individual e afirmação como sujeito – são sumariamente violados.

O controle do corpo e da sexualidade feminina é exercido de diversas formas na sociedade. Sua gênese é o patriarcado, um sistema que permite a dominação do homem sobre a mulher. A dominação verte-se em diversas searas de uma sociedade e por meio do discurso cria ideias naturalizantes e simplificadas dos indivíduos. Através do discurso

– masculino, salienta-se – a mulher é resumida a sua biologia e a posições sociais inferiores e eventos como a maternidade ganham significados socialmente construídos. A criminalização do aborto é o resultado desses mecanismos.

A criminalização do aborto está mais ligada ao discurso do que a prática. Explico: os relatórios trabalhados nesta monografia comprovaram que a norma criminalizadora não evita a prática de aborto pelas mulheres, e mais, dificilmente uma mulher chega a ser processada por este “crime” (DINIZ, MEDEIROS, MEDEIRO, 2016). Esta ambivalência, justifica-se pelo fato de que a interpretação – fruto do discurso, machista, ressalta-se – está contaminada por uma visão patriarcal daqueles que compreendem a prática como um crime. Ou seja, a sociedade (complexa e formada, muitas vezes, por grupos sociais antagônicos) não enxerga o aborto como um ato condenável para ensejar sua criminalização, caso fosse o aborto não seria uma prática comum em meio social e com relativa anuência, a verdade é que apenas alguns setores/grupos da sociedade o interpretam assim.

Estes grupos são os que integram os espaços de poder e as instituições de controle, exercendo domínio sobre os demais indivíduos por meio do discurso (e às vezes da força). O patriarcado materializa-se nestes grupos e consolida seu poder. Eles são a igreja, a família, a escola, mídia, o Estado, instituições majoritariamente masculinas que exercerão opressão sobre o feminino. É aqui que se insere a criminalização do aborto, ela é a consequência do poder normativo emanado por instituições masculinas/patriarcais.

Isto explica porque os direitos humanos, conquistados há certo período de tempo, ainda são violados quando seu sujeito de direito é uma mulher. Direitos humanos como a dignidade da pessoa humana, igualdade, direitos sexuais e reprodutivos, direito à integridade física e psíquica entre outros só se efetivarão em relação às mulheres se forem interpretados a partir de uma perspectiva de gênero, que reconheça as diferenças históricas existentes entre os mesmos ao longo da história da humanidade.

O aborto é criminalizado porque o jurista que visualiza a autonomia e a liberdade individual como fundamentos da dignidade humana, não reconhece a mulher como ser autônomo e dona do seu corpo. Os direitos reprodutivos e sexuais entendidos comumente como o direito de exercer livremente sua sexualidade e reprodução, quando aplicados às mulheres não permite sua consecução plena. A igualdade é vista pelo judiciário apenas em seu aspecto formal, distanciada da realidade concreta dos sujeitos. É através do feminismo que esses e outros direitos humanos são interpretados de modo a contemplar todos os cidadãos sem discriminação. Logo, se a dignidade da pessoa humana, os direitos

reprodutivos e sexuais, a liberdade, a igualdade, a integridade física fossem analisados criteriosamente à luz dos direitos humanos (e isso também significa à luz do gênero), o aborto indubitavelmente estaria descriminalizado e legalizado.

Cabe ressaltar que os direitos reprodutivos e sexuais, muito trabalhados nesta monografia, bem como a igualdade de gênero e seus valores correlacionados foram frutos da luta dos movimentos de mulheres na sua construção. Se em boa parte dos países ditos desenvolvidos o aborto foi legalizado, em países subdesenvolvidos como o Brasil, a matéria ainda é motivo de luta entre setores conservadores e progressistas da sociedade. O habeas corpus nº124.306 é apenas um dos resultados da luta das mulheres para a legalização do aborto no Brasil. Vale lembrar, que no próprio judiciário o tema é motivo de celeuma entre seus membros.

Ante o exposto, em termos práticos poder-se-ia tomar uma série de medidas para eliminar o sofrimento das mulheres brasileiras no tocante a criminalização do aborto. Estas medidas são o resultado que chegamos ao longo da feitura da presente pesquisa. Se entendemos e chegamos à conclusão de que o aborto viola os direitos humanos das mulheres, é fácil constatar que a norma penal criminalizadora é totalmente inconstitucional ao ferir os preceitos fundamentais, portanto, sua imediata revogação é essencial para o exercício pleno dos direitos humanos das mulheres. Importante falar sobre a hipótese de não-recepção desta norma penal no atual ordenamento jurídico, aduzida por Roberto Barroso no HC (BRASIL,2016), por não está em consonância com os princípios fundamentais dispostos na Carta Magna.

Outrossim, percebe-se que o direito penal mostra-se ineficiente em proteger a expectativa de vida do feto, dado que não impede a realização de abortos, muito pelo contrário, aumenta sua incidência em virtude da ausência de políticas públicas referentes à questão, além de ceifar a vida de inúmeras mulheres anualmente por conta do uso de meios clandestinos para operar o abortamento.

Entretanto, não basta apenas a descriminalização do aborto – por meio das hipóteses de revogação e não receptividade mencionadas anteriormente -, é importante que o mesmo seja legalizado e realizado no sistema público de saúde, garantindo, desse modo, o acesso de todas as mulheres, das mais diversas classes sociais, aos métodos cirúrgicos seguros. Um exemplo prático de como isso poderia ser feito, seria desburocratização do sistema público de saúde no que concerne à feitura desse procedimento. Pela legislação atual, o aborto é permitido em três casos: risco de vida da mãe, estupro e fetos anencefálicos, porém mesmo nesses casos as mulheres são vítimas

de uma longa teia burocrática que, na maioria das vezes, inviabiliza a execução do procedimento. Nesse sentido, é importante a adoção de meios mais céleres no acesso da mulher aos procedimentos cirúrgicos adequados.

Frisa-se que a defesa da descriminalização do aborto não implica na defesa do aborto em si, pois um dos objetivos primordiais da descriminalização e consequente legalização do aborto é a diminuição de sua incidência. É preciso separar a moral do direito – mesmo que na prática tal ato resulte difícil – para evitar normas imbuídas de sentimentalismo, que ao invés de tentarem solucionar um problema, apenas agravam-no com punições inócuas. Nessa perspectiva, é essencial a adoção de políticas públicas que evitem a ocorrência de gravidezes indesejadas, como: programas de educação sexual nas escolas, a difusão – por televisão, jornais e revistas – da forma adequada de utilizar métodos contraceptivos, o acesso gratuito a esses métodos, trabalhos comunitários (com realização de palestras) nos centros de cidadania sobre formas seguras de se evitar uma gravidez.

Por fim, para que todas estas pautas sejam aplicadas e obtenham êxito, é primordial a desconstrução das normas do sistema patriarcal. Enquanto ele vigorar na sociedade, os direitos das mulheres estarão sempre em constante ameaça. As normas positivadas são consequência das normas sociais e ambas são produzidas através do discurso. É muito importante que o movimento das mulheres continue na luta para alcançar os seus direitos não apenas na esfera legislativa positivada, mas também na esfera social, desconstruindo discursos e valores que refletem o patriarcado. Nesta monografia, constatamos que a luta pela descriminalização do aborto perpassa a seara jurídica e está relacionada com a história de luta das mulheres enquanto sujeitas de direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. Alemanha: Suhrkamp Verlag, 2015.

ALVARENGA, Augusta T.; SCHOR, Neia. **O aborto: um resgate histórico e outros dados**. Journal of Human, São Paulo, v.4,n.2,p. 17-22, 1994.

ALVES, J. A. L. **A Conferência do Cairo sobre População**. 1995. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>, acesso em: maio de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**, p.1-20, 2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf>, acesso em 28 fev. 2017.

BRASIL, **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção humanizada ao abortamento – norma técnica**. Brasília: caderno nº4, 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf>, acesso em: setembro de 2017.

_____, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais e reprodutivos – uma prioridade do governo**. Brasília: caderno nº1, 2005. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_direitos_sexuais_reprodutivos.pdf>, acesso em: setembro de 2017.

_____, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes – norma técnica**. Brasília: caderno nº6, 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf>, acesso em: setembro de 2017.

_____. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 124.306**. Relator Min. Marco Aurélio. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Pacientes: Edilson dos Santos, Rosemere Aparecida Ferreira. Relator: min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>, acesso em: março de 2017.

_____. Tribunal de Justiça – RJ (4ª vara criminal de Duque de Caxias). **Recurso em Sentido Estrito nº 0065502-27.2013.8.19.0000**. Recorrente: Ministério Público.

Recorridos: Carlos Eduardo de Souza Pinto, Rosemere Aparecida Ferreira, Edilson dos Santos. Relator: des. Antônio Eduardo F. Duarte. Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-RJ/attachments/TJ-RJ_RSE_00655022720138190000_a7591.pdf?Signature=egkjRi4hVJpizwMS77ishMP1TEQ%3D&Expires=1507862579&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f965937ef1961f6d2a0455d6e94d2bbb>, acesso em setembro de 2017.

CARVALHO, Simone. **Mulheres jovens e o processo do aborto clandestino: uma abordagem sociológica**. 2009. 171f. Tese de doutorado em Saúde Pública – Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2009.

CUNHÃ COLETIVO FEMINISTA. **Dossiê sobre a realidade do aborto inseguro na Paraíba: o impacto da ilegalidade do abortamento na saúde das mulheres e nos serviços de saúde de João Pessoa e Campina Grande**. Grupo Curumim, Recife, p.3-28, 2010.

DEL PRIORI, Mary. **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil colônia**. 2ª edição. José Olympio: Rio de Janeiro, 1993.

DINIZ, Débora.; CORREA, Marilena. **Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos**. Ministério da Saúde, Brasília, 2009.

DINIZ, Débora.; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.15, p.959-966, 2010.

DINIZ, Débora.; MEDEIROS, Marcelo.; MEDEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de aborto 2016**. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.22, n.2, p.653-660, 2017.

DORNELAS, Isabela de Oliveira. **Velhas questões: Aborto e normatização do corpo feminino. Simpósio: Bordas e fronteiras nas produções do corpo, da sexualidade e da saúde na contemporaneidade**. Desfazendo gênero, p.1-5, 2015.

EMMERICK, Rulian. **Corpo e Poder: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia**. 2007. 199f. Tese de doutorado em Direito – PUC-RJ, Rio de Janeiro, 2007.

FACIO, Alda. **A partir do feminismo, vê-se um outro direito**. Outras vozes, Maputo, n.15, 2006.

FACIO, Alda.; FRIES, Lorena. **Feminismo, género y patriarcado**. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, Buenos Aires, n. 6, p. 259-294, 2005.

FAÚNDES, Aníbal. **A mulher não provoca aborto por prazer ou capricho**. Entrevista concedida Rhamas - Redes Humanizadas de Atendimento às Mulheres Agredidas Sexualmente. Disponível em: <<http://www.ipas.org.br/rhamas/faundes.html>> Acesso em: 20 de março 2017.

FERREIRA, Emília Juliana. **Aborto, uma questão legal. Análise das legislações pertinentes de Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai**. Fazendo gênero 9 – Diásporas, diversidades e deslocamentos, Santa Catarina, p.1-12, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987.

GALEOTTI, Giulia. **História do aborto**. 1ª edição. Portugal: Edições 70, 2007.

GALLI, Beatriz.; VIANA, Paula.; SHIRAIWA, Tizuko. **Dossiê sobre aborto inseguro para advocacy: o impacto da ilegalidade do abortamento na saúde das mulheres e na qualidade da atenção à saúde reprodutiva no estado do Rio de Janeiro**. Grupo Curumim, Recife, p.3-27, 2010.

GAYLE, Rubin. **Pensando sexo: notas para uma teoria radical da política da sexualidade**. Cadernos Pagu, Campinas: Núcleo de estudos de gênero Pagu, n.21, p. 1-88, 2003.

GONÇALVES, Tamara Amoroso; LAPA, Thaís de Souza. **Aborto e religião nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Instituto para promoção da equidade, 2008.

GONZAGA, Paula Rita B.; BRANDÃO DE ARAS, Lina Maria. **Mulheres latino-americanas e a luta por direitos reprodutivos: o panorama da conjuntura política e legal do aborto nos países da América Latina**. Revista de estudos e pesquisas sobre as Américas, Brasília, v.9, n.2, p.1-32, 2015.

HOLANDA, Carolina Sátiro de. **A reprodução humana assistida e o direito: em busca de definições jurídicas para o nascituro e para o embrião humano congelado**. XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, p. 776-790, 2010.

IPAS BRASIL. Relatório final. **Mulheres incriminadas por aborto no Rio de Janeiro: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça**. Grupo de pesquisa: direitos humanos, poder judiciário e sociedade – UERJ, Rio de Janeiro, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUNA, Naara. **Aborto e corporalidade: sofrimento e violência nas disputas morais através de imagens**. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, n.42, p. 293-325, 2014.

MENDONÇA, Lígia Cardieri; MARTINS, Alaerte Leandro. **Aborto: mortes preveníveis e evitáveis: dossiê**. Rede Feminista de Saúde, Belo Horizonte, p.33, 2005.

MARTINS, Fernanda.; GOULART, Mariana. **Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para a emancipação de gênero**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.123, n.123 p.1-16, 2016.

OLIVEIRA, Maria de Fátima C. B. de. **O pós-estruturalismo e o lugar do “feminino”: o sexo, o jurídico e os “masculinismos”**. Vozes dos Vales, Minas Gerais, n.6, p.1-31, 2011.

OLIVEIRA, Maria Merly. **Como fazer pesquisa qualitativa**. 2ª edição. Petrópolis: Vozes, 2007.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Tradução: Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PAUCAR, L. Mary de Oliveira. **Representação da gravidez e aborto na adolescência: estudo de caso em São Luís do Maranhão**. 2003. 171f. Universidade Estadual de Campinas – Faculdade de educação, Campinas, 2003.

PEREZ, Bárbara Angélica G.; GOMES, Nardilene P.; SANTOS, Maria de Fátima de S.; DINIZ, Normélia Maria F. **Aborto provocado: representação social de mulheres**. Revista de enfermagem UERJ, Rio de Janeiro, v.21, n.6, p.736-742, 2013.

PORFÍRIO. Rafaela dos Santos.; LACERDA, Martina Mendes de.; MEDEIROS, Bruno Ambrosino de Souto. **Não são os rosários que governam nossos ovários: por uma controvérsia feminista no debate sobre o aborto**. Desfazendo gênero – UFBA, p.1-6, 4 a 7 de setembro, 2015.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza.; DUTRA, Elza Maria do Socorro. **Não nascer: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto**. Psicologia em Estudo, Maringá, v.16, n.3, p. 419-428, 2011.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. **A discussão política sobre o aborto no Brasil: uma síntese**. Revista Brasileira de Estudos Populacionais, São Paulo, v.23, n.2, p.369-374, 2006.

RUTHES, Vanessa Roberta Massambani.; ALMEIDA, Rogério Miranda. **A polêmica do início da vida: uma questão de perspectiva de interpretação**. Pistis Praxis, Curitiba, v.2, n.1, p.113-124, 2010.

SAFIOTTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência**. 2ª edição. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Mundo Jurídico, Rio de Janeiro, p.1-52, 2015.

SCAVONE, Lucila. **Nosso Corpo nos pertence? Discursos feministas do corpo**. GT Gênero na Contemporaneidade, XXX Encontro Anual da ANPOCS, Niterói, v.10, n.2, p. 47-62, 2010.

SCAVONE, Lucila. **Políticas feministas do aborto**. Estudos Feministas, Florianópolis, v.16, n.2, p.675-680, 2008.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da justiça de John Raws**. Senado, Brasília, n.138, p.193-212, 1998.

SILVA, Salete Maria da. **A carta que elas escreveram: a participação das mulheres no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988**. 2011. 322f. Tese de doutorado em filosofia e ciências humanas – UFBA-BA, Salvador, 2011.

SMART, Carol. **El derecho em el género y el género en el derecho**. Org. Haydee Birgin. Editorial Biblos: Texas, 2000.

STOLZE GAGLIANO, Pablo. **Novo curso de Direito Civil – parte geral**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

SWAIN, Tania Navarro. **Corpos construídos, superfícies de significação, processos de subjetivação**. Intervenções feministas, Florianópolis, p. 1-23, 2010.

TOQUES DE SAÚDE. João Pessoa: Cunha Coletivo Feminista, 2004.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto e legislação comparada**. Ciência e Cultura, São Paulo, v.64, n.2, p.14-5, 2017.

VENTURA, Mirian. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ª edição. Brasília: UNFPA, 2009.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto um direito ou um crime**. 3ª edição. São Paulo: Moderna, 1996.

WESTPHAL, Fernanda Prince Sotero. **O acesso ao aborto legal no Brasil: o conflito existente entre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e o direito de objeção de consciência dos médicos que prestam serviço pelo sistema único de saúde – SUS**. Junho de 2009. 75f. UNESC. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Criciúma.2009.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. **Declaration of Sexual Rights**. 14th World Congress of Sexology. 1999: Hong Kong.